



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

LOS SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Autor:

Francisco García Figueroa

Director:

Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller

Departamento de Derecho Penal, Derecho Procesal e Historia del Derecho

Getafe, Noviembre de 2011

TESIS DOCTORAL

LOS SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Autor: Francisco García Figueroa

Director: Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: Dr. Francisco Javier Álvarez García

Vocal: Dr. Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Vocal: Dr. Adán Nieto Martín

Vocal: Dr. María Martín Lorenzo

Secretario: Dr. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Calificación:

Getafe, de de

ÍNDICE

I. Contexto. La intervención penal en materia de seguridad y salud de los trabajadores: necesaria pero insatisfactoria.	11
1. Sobre la necesidad de la intervención penal.	15
1. 1. Admisibilidad de la intervención penal.	17
1. 1. 1. Relevancia del bien jurídico protegido por los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores.	17
1. 1. 2. Relevancia de los ataques al bien jurídico protegido.	25
1. 2. Pertinencia de la intervención penal en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.	32
1. 2. 1. La insuficiencia de la reparación civil del daño.	33
1. 2. 2. La indispensable pero limitada intervención administrativa.	34
1. 2. 3. El necesario recurso al Derecho penal.	37
1. 2. 4. La eficacia de políticas de prevención laboral que incluyen intervención penal.	40
2. Algunas de las indeseables disfunciones de la intervención penal actual.	44
2. 1. Graves insuficiencias desde el punto de vista del principio de legalidad penal.	46
2. 2. Automatización de los criterios de imputación objetiva.	52
II. Análisis del tipo penal a efectos de determinación de la autoría del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.	
1. El delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo como delito especial propio.	55
2. Criterios típicos para adquirir la condición de sujeto activo idóneo del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.	58
2.1. “ <i>Estando legalmente obligado</i> ” por la normativa de prevención de riesgos laborales.	59
2.2. Estar obligado a facilitar los “ <i>medios</i> ” precisos a los trabajadores para que acometan sus labores con las medidas de seguridad y salud previstas por la normativa de prevención de riesgos laborales.	64

2.2.1. Interpretaciones en la doctrina científica y en la Jurisprudencia.	65
2.2.2. Toma de postura.	68
2.3. Los “medios” deben ser “necesarios” para evitar riesgos graves para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.	70
3. Constitucionalidad de la fórmula de determinación de la autoría empleada por el art. 316 CP.	82
3. 1. Sobre el cumplimiento de la garantía formal del principio de legalidad penal.	83
3. 1.1. La reserva de ley en materia penal y las normas penales en blanco.	83
3. 1.2. Acerca del cumplimiento de los requisitos exigidos por el TC por parte del art. 316 CP.	86
3. 1.3. Conclusiones.	87
3. 2. Sobre el cumplimiento de la garantía material del principio de legalidad penal.	88
3.2.1. El principio de taxatividad.	88
3.2. 2. Contraste entre el RD 1627/1997 y la Jurisprudencia del TC en materia de taxatividad.	91
3.2. 3. Conclusiones.	101
III. Los sujetos originariamente obligados por la ley a facilitar los medios para evitar peligros graves contra la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.	
1. El empresario como principal obligado en materia preventiva.	105
1.1. Consideraciones generales.	105
1.2. Estudio de algunos casos singulares.	109
2. Otros sujetos legalmente obligados por la normativa de prevención de riesgos laborales.	113
2. 1. Organismos públicos con competencias en materia laboral y sanitaria.	114
2.2. Trabajadores.	118
2.3. Servicios de prevención y Recursos preventivos.	121

2.4. Representantes de trabajadores.	122
2.5. Fabricantes, importadores y suministradores.	125
3. Conclusión: el empresario como único sujeto originariamente obligado ex art. 316 CP.	127

IV. Los delegados del empresario.

1. Delegados generales: los administradores y los técnicos de prevención.	129
2. Delegados especiales: los coordinadores de actividades empresariales y los recursos preventivos.	138
2.1. Los coordinadores de actividades empresariales.	138
2.2. Los recursos preventivos.	140

V. Determinación de la autoría en los casos de intervención de personas jurídicas: el art. 318 CP.

1.- El art. 318 y la actuación en nombre de otro.	143
2.- ¿También una cláusula de responsabilidad por omisión?	147

VI. Estudio de algunos sujetos específicos del sector de la construcción.

1. Los empresarios de la construcción: contratistas y subcontratistas.	155
1.1. Los contratistas.	157
1.2. Los subcontratistas.	163
2. El promotor: ¿es empresario?, ¿está “legalmente” obligado a facilitar medios de prevención de riesgos laborales?	166
3. Los delegados del promotor.	171
3.1. Projectistas, redactores de estudios de seguridad y salud y coordinadores durante la elaboración del proyecto.	174
3.2. Coordinadores de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.	179
3.3. Directores facultativos.	187
3.3.1. Consideraciones generales.	187
3.3.2. Sobre los Decretos de atribuciones de 1971 y el Arquitecto Técnico.	195

VII. Conclusiones.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ACP: Anterior Código Penal (Texto Refundido de 1973).

APP: Auto de la Audiencia Provincial.

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CNSST: Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

CP: Código Penal.

CTE: Código Técnico de la Edificación.

DCSHT: Decreto regulador de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

ESS: Estudio de Seguridad y Salud.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

ETT: Empresa de Trabajo Temporal.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LGS: Ley General de Sanidad.

LOE: Ley de Ordenación de la Edificación.

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

LSSC: Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción.

Ob. Cit.: Obra citada.

OGSHT: Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

OTCVC: Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica.

PPRL: Plan de Prevención de Riesgos Laborales.

PSST: Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo.

RD: Real Decreto.

REA: Registro de Empresas Acreditadas.

RSP: Reglamento de los Servicios de Prevención.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

Secc.: Sección.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

UTE: Unión Temporal de Empresas.

Vid: Véase.

I. CONTEXTO. LA INTERVENCIÓN PENAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES: NECESARIA PERO INSATISFACTORIA.

De conformidad con la previsión recogida en el art. 40.2 de nuestra Constitución, y en línea con lo ya establecido en ordenamientos jurídicos similares al nuestro¹, el legislador penal procuró contribuir a poner freno a la lacra de la siniestralidad laboral mediante los delitos de riesgo recogidos en los **arts. 316 y 317 CP**. Preceptos que contaban ya con un precedente: el art. 348 bis a) ACP², introducido en la reforma que surgió en 1983.

La intervención penal en materia de seguridad y salud de los trabajadores puede ser contemplada como uno de los primeros fenómenos de **expansión del Derecho penal** en los términos en que la ha definido SILVA SÁNCHEZ³. Nos encontramos ante una ampliación del ordenamiento penal más allá de sus límites *clásicos*, que por una parte responde claramente a un avance en los

¹ Se puede consultar sobre esta materia: AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra el derecho a la seguridad en el trabajo: arts. 316 y 317 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 55 a 71, 161 a 186, 242 a 250 y 367 a 379; o DEL REY GUANTER, S. (Dir.) y LUQUE PARRA, M. (Coord.), *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de Reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 87 a 218.

² El art. 348 bis a) ACP rezaba así: “*Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas.*” Se podrían considerar asimismo antecedentes lejanos el art. 578 CP de 1928 y el art. 423 CP de 1944, si bien estos últimos presentan diferencias notables con los actuales tipos.

³ *Vid* a este respecto SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, 2ª edic.; y MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

derechos de los trabajadores, y por otra parte se enmarca en una demanda de mayor protección punitiva del Estado por parte de la que se ha denominado **actual “sociedad del riesgo”**⁴. Las sociedades postindustriales exigen la anticipación de la barrera de protección del Derecho penal, por lo que muchos de estos nuevos delitos son de peligro. También una buena parte de ellos surgen del ámbito **económico**, son delitos de **comisión por omisión** y persiguen tutelar intereses **supraindividuales**: como se puede ver, se trata de elementos todos ellos asociados a los delitos tipificados en los arts. 316 y 317 CP.

Cualquiera que sea la postura que se defienda ante la transformación expansionista del Derecho penal, me atrevería a decir que existe unanimidad a la hora de señalar los problemas y retos que entraña para las garantías materiales y procesales que consagrara el Derecho penal liberal, como una **especie de “fuego amigo”**⁵ lamentable pero ineludiblemente unido a la defensa de los nuevos bienes jurídicos surgidos en la **“sociedad del riesgo”**⁶.

Ante los nuevos ámbitos de criminalización propios de la sociedad del riesgo, ha habido voces que, en un inicio, han **negado la legitimidad material** de los nuevos tipos penales en términos muy gruesos. Sin embargo, en la línea que ha subrayado POZUELO PÉREZ, hoy ese debate parece haberse refinado para

⁴ Expresión acuñada por el sociólogo alemán BECK. **Vid BECK, U., “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo”** (trad. Del Río Herrmann), *Revista de Occidente*, nº 150, nov. 1993, págs. 19 y siguientes.

⁵ Expresión del argot militar para hacer referencia a las bajas causadas en el propio bando de forma accidental. Sobre el costo social de la intervención penal ver, por todos, BARATTA, A., **“Principios del Derecho penal mínimo”**, en BARATTA, A., *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Traducción de Lenzi, B., B de F, Buenos Aires, 2004, págs. 311-312.

⁶ Se puede consultar a este respecto, entre otras obras, SANTANA VEGA, D.M., ***La protección penal de los bienes jurídicos colectivos***, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 37 y siguientes.

distinguir entre la legitimidad *material* (la relativa al *sí* de la intervención) y la adecuación de las *técnicas legislativas* empleadas para configurar las nuevas figuras (aspectos relativos al *cómo* de la intervención)⁷.

Es en este segundo ámbito en el que se enmarcan los riesgos detectados en relación con las garantías; y, en concreto, aquellas relacionadas con la indeterminación típica y los límites del principio de legalidad con respecto al círculo de *intranei* de estos delitos, que serán objeto del análisis crítico contenido en este trabajo. Y ello por **cuanto considero que el “fuego amigo”** al que antes me refería puede y debe atenuarse en la medida de lo posible, sin dejar por ello de seguir acudiendo al Derecho penal cuando sea necesario.

Se trata por tanto de un enfoque garantista, centrado en las, a mi juicio, incorrecciones por exceso de la respuesta penal cuando ésta se produce⁸. Muy probablemente podría efectuarse un estudio sobre la otra cara de la moneda, pues efectivamente existen casos en que la intervención penal resulta

⁷ Vid POZUELO PÉREZ, L., “Notas sobre la denominada ‘expansión del Derecho penal’, en *RDPP* nº 9, 2003-1, pág. 13 y siguientes, págs. 21-22. Sumamente ilustrativas son las palabras introductorias de CORCOY BIDASOLO, M. a su trabajo *Delitos de peligro y bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 20-21: “Respecto de la protección penal de estos bienes jurídicos supraindividuales se critican tanto los déficits de legitimidad, en atención a la naturaleza del bien jurídico, como la merma de garantías que supone el recurso legislativo a los delitos de peligro. Con este trabajo se persiguen dos metas, la primera referente a probar la legitimidad y autonomía de los bienes jurídicos individuales (...). Por otra parte, desde la óptica del Derecho penal material, se pretende lograr un concepto de ‘delito de peligro’ que cumpla con todos los principios garantistas asignados al Derecho penal”. Vid, igualmente, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª edic., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, págs. 29 y siguientes. Sobre las diferentes teorías legitimadoras de la intervención penal, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Traducción de Andrés Ibáñez, A. y otros, 6ª edic., Trotta, Madrid, 2004, págs. 209 y siguientes.

⁸ Acerca del garantismo jurídico resulta de especial interés la obra de FERRAJOLI, L., entre otras, *Derecho y razón..., ob. cit.*, págs. 851 y siguientes; *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Traducción de Greppi, A., Trotta, Madrid, 2006.

insatisfactoria e inadecuada por defecto, al dejar impunes o sin la pena debida actuaciones que deberían ser objeto de reproche penal o de sanciones más graves. Pero estos casos no entran dentro del objeto de análisis que aquí se aborda.

Cabe señalar, además, que el presente trabajo se centra en el sector de la construcción, área de actividad especialmente afectada por la siniestralidad laboral y que cuenta con normativa específica, por lo que su situación presenta singularidades respecto a otros sectores. En materia de autoría, entran en juego una serie de agentes que no concurren en otros ámbitos de la actividad económica, como es el caso del promotor, los coordinadores de seguridad y salud, los proyectistas de obras y redactores de estudios de seguridad y salud o los componentes de la dirección facultativa. No obstante, varias de las **propuestas interpretativas o de “*lege ferenda*” que aquí se realizan pueden ser** asimismo aplicables a otros sectores de la actividad económica.

Por ello, en esta primera contextualización me limitaré a constatar las ***líneas básicas de legitimidad material*** de la intervención penal en materia de seguridad y salud de los trabajadores; para, posteriormente, apuntar algunos de los principales problemas que permiten calificar esta intervención a día de hoy como ***insatisfactoria***; y avanzar soluciones a algunos de ellos, en especial los relativos a la falta de determinación y taxatividad en relación con el círculo de autores idóneos de los delitos de los arts. 316 y 317 CP.

1. Sobre la necesidad de la intervención penal.

*“El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social (...) Entra en juego así el **«principio de subsidiariedad»**, según el cual el Derecho penal ha de ser la **última ratio**, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado **«carácter fragmentario del Derecho penal»** constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado **«principio de intervención mínima»**”⁹.*

Los principales parámetros que delimitan el campo de debate sobre la legitimidad material de la intervención penal son los principios de *fragmentariedad* y de *subsidiariedad* de la intervención penal. En virtud del principio de fragmentariedad del Derecho penal, el recurso a la pena sólo estará justificado para la salvaguarda de los **bienes jurídicos más importantes** y para castigar las modalidades de **agresiones más graves** a dichos bienes jurídicos. El Derecho penal es el instrumento del Estado más agresivo y limitativo de la libertad de los ciudadanos, así que su empleo únicamente se legitima como instrumento para la prevención de los más graves sucesos¹⁰.

⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2009, pág. 118.

¹⁰ Por todos, ver CANCIO MELIÁ, M., en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 97 y siguientes; JAKOBS, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edic. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 43 y siguientes; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*, Universitas, Madrid, 1996, pág.83; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor, 2009, pág. 118; ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, págs. 11 y siguientes; EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo,

Y con arreglo al principio de subsidiariedad, el Derecho penal únicamente debe entrar en juego **cuando no pueda conseguirse el mismo efecto preventivo con otros instrumentos menos coactivos y restrictivos de derechos y libertades**. La respuesta penal ha de ser la *última ratio*, por lo que su legitimidad dependerá de su eficacia y de si puede alcanzarse equivalentes resultados con otros medios, tales como la reparación civil del daño o la intervención administrativa, con sus potestades de fomento y de vigilancia y sanción¹¹.

Consiguientemente, nos referiremos primero a estos dos grandes límites: la *relevancia del bien jurídico* protegido por el delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral, y la *gravedad de los ataques contra el mismo*, a efectos de determinar la **admisibilidad** de la intervención penal para salvaguardarlo. Seguidamente, estudiaremos las posibilidades de protección de este bien jurídico por otros medios distintos a la intervención penal.

De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 2006, pág. 65; y SANTANA VEGA, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 135 y siguientes. Desde una perspectiva crítica, distinguiendo la *fragmentariedad* de la legislación penal de la vocación de *continuidad* del poder penal, ver ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 81.

¹¹ LUZÓN PEÑA, *Parte General I, ob. cit.*, págs. 82-83.; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 118; MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 73-74.; SANTANA VEGA, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 105 y siguientes; y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 236 y siguientes.

Frente a la tendencia populista a acudir al Derecho penal como *prima ratio*, el CONSEJO DE EUROPA ha afirmado: “*El sistema de justicia penal es sólo una parte secundaria de los mecanismos que actúan en la sociedad para el control del delito, el comportamiento y las situaciones indeseables*” (CONSEJO DE EUROPA, *Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de criminalidad*, Ediar, Buenos Aires, 1987, págs. 32-33).

1. 1. Admisibilidad de la intervención penal.

1. 1. 1. Relevancia del bien jurídico protegido por los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores.

a) Bien jurídico con base constitucional.

Existe un gran debate doctrinal, y en menor medida también jurisprudencial¹², en torno a **cuál es el bien jurídico protegido** por los arts. 316 y 317 CP. No es éste el lugar apropiado para profundizar en tan candente cuestión, así que me limitaré a efectuar una aproximación a las principales posturas en el debate, a los efectos del análisis de legitimación que nos ocupa.

Siguiendo la clasificación de HORTAL IBARRA¹³, podemos distinguir dos tesis primordiales:

- a) **Tesis Colectivistas**¹⁴: sostienen que el bien jurídico protegido sería la *“seguridad en el trabajo”*, como valor supraindividual y autónomo

¹² Entre las resoluciones que plantean esta cuestión cabría citar la STS Sala 2ª de 29-7-2002; y las SSAP de Barcelona, Secc. 2ª, de 18-6-2002; Cantabria, Secc. 4ª, de 31-3-2004; y de La Rioja de 31-7-2001.

¹³ *Vid* HORTAL IBARRA, J.C., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 53-60, en las que se aborda una sistematización de las principales teorías doctrinales sobre el bien jurídico protegido en los arts. 316 y 317 CP. Sobre la relativización de la clasificación de los bienes jurídicos entre individuales y colectivos: SANTANA VEGA, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 78 y siguientes.

¹⁴ El promotor de esta teoría fue, respecto del art. 348 bis a), antecesor al art. 316 CP, ARROYO ZAPATERO, L. *Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988, págs. 154 y siguientes. También en este sentido, BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. II, dirigido por ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., NIETO MARTÍN, A. (Coord.), Universidad de Castilla La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 61-62; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 69; HORTAL IBARRA, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 59-60; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*,

respecto a los bienes jurídicos individuales vida, integridad física y salud del trabajador.

- b) **Tesis Individualistas**¹⁵: defienden que se trata de un delito de peligro concreto de bienes jurídicos estrictamente individuales: la vida, la integridad física o la salud del trabajador, a fin de adelantar la barrera de protección del Derecho penal.

En mi opinión, esta última noción es la más acertada. Estimo que el legislador ha pretendido anticipar la tutela penal sancionando aquellas conductas que, bien consciente y voluntariamente, bien con infracción de las más elementales normas de previsión y cuidado, ocasionan un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de trabajadores concretos. Las teorías colectivistas, a mi juicio, no dan una respuesta adecuada a la exigencia, derivada de los principios de intervención mínima y de subsidiariedad del Derecho penal y consolidada en nuestra Jurisprudencia¹⁶, de que éste es un delito de peligro concreto. Además, al establecer como bien jurídico el deber de seguridad del empresario, objetivizado en la observancia de la normativa de prevención de riesgos laborales, fija una frontera muy difusa entre el papel protector del Derecho

Civitas, Madrid, 1994, págs. 110-120; y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 47-56.

¹⁵ Siguen esta línea doctrinal, AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra..., ob. cit.*, págs. 79-84; y MARTÍN LORENZO, M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción” en *Derecho penal de la Construcción* (POZUELO PÉREZ, L. Coord.), Comares, Granada, 2006, págs. 329-346.

¹⁶ Así, la STS (Sala 2ª) de 4-6-2002; o las SSAP de Granada, Secc. 2ª, de 8-11-1999 y La Rioja de 21-6-2006. Si bien, aunque minoritarias, algunas Sentencias han considerado que se trata de un delito de peligro abstracto, como las SSAP de Baleares de 30-6-2003; o de Madrid, Secc. 17ª, de 6-10-2003.

administrativo y el que le corresponde al Derecho penal, vulnerando el principio de lesividad, tal y como apunta TERRADILLOS BASOCO¹⁷.

Las razones para otorgar este amparo parecen evidentes, siguiendo a LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁸: en primer lugar, un fin preventivo de gran eficacia, pues está probado que los potenciales sujetos activos de estos delitos confían en que el resultado no se producirá y, por tanto, no serán sancionados por ellos, lo que evitan los tipos de peligro; en segundo lugar, la ilegítima intromisión en la esfera de libertad y seguridad de los trabajadores expuestos a riesgos graves para su vida, seguridad o integridad física para poder ganarse el sustento; y, en tercer lugar, porque en un Estado Social de Derecho no se pueden tolerar conductas de gran dañosidad social, en las que se pone en grave peligro bienes de la máxima importancia, como la vida, la integridad física o la salud, por no facilitar los medios preventivos previstos en la normativa, y en los que el resultado frecuentemente no acaece por simples razones del azar o del juego de las probabilidades.

En palabras del Tribunal Supremo (Sala 2ª), en la **STS de 18-1-1995**: *“hay un principio fundamental en relación con la seguridad en el trabajo, plenamente arraigado ahora en la conciencia de nuestra sociedad, cada vez más firme en los países civilizados, e inspirador de la legislación vigente en esta materia, en virtud del cual toda persona que ejerce un mando de cualquier clase en la organización de las tareas de unos trabajadores tiene como misión primordial*

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad...*, ob. cit., pág. 48.

¹⁸ Vid LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, CARBONELL MATEU, J.C. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2006, págs. 568-573.

el velar por el cumplimiento de las normas de seguridad anteponiéndolas a cualquier otra consideración. Una elemental escala de valores nos dice que la vida e integridad física de las personas se encuentra por encima de cualesquiera otros, singularmente por encima de los de contenido económico...”

En cualquier caso, y desde cualquiera de las dos concepciones dominantes sobre el carácter del bien jurídico protegido, existe acuerdo en que de una forma más o menos inmediata, los valores amparados por los delitos de los arts. 316 y 317 CP son derechos fundamentales de base constitucional tan esenciales como la vida, la salud o la integridad física de las personas¹⁹.

Pero también el propio bien jurídico de la seguridad de los trabajadores tiene base constitucional, incluso si se entiende como bien jurídico más autónomo: el **art. 40.2 CE** recoge, entre los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III Título I), el deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo²⁰.

¹⁹ La cuestión de cómo deba entenderse la relación entre bien jurídico y Constitución supera el ámbito de debate planteado en esta primera contextualización. Ahora bien: sea como sea que se entienda dicha relación, lo que está fuera de dudas es que los *derechos fundamentales* sí pueden ser configurados como bienes jurídico-penales. Respecto de la articulación entre bien jurídico, base constitucional y legitimidad para la intervención penal ver, por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal* nº 43, 1991, pág. 5 y siguientes; CUELLO CONTRERAS, J., “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, *ADPCP* 1982, pág. 461 y siguientes; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal), en *RFDCU* nº 69, 1983; MIR PUIG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, en *EPC* nº XIV, 1991; ”); REGIS PRADO, L., *Bien Jurídico-Penal y Constitución*, Ara, Lima, 2010, en especial Cap. III; y ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* I, *ob. cit.*, págs. 55 y siguientes (§ 2.IV, “La derivación del bien jurídico de la Constitución).

²⁰ Acerca de la protección penal de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos se puede consultar SANTANA VEGA, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 41 y siguientes.

Los principios rectores de la política social y económica (arts. 39-52 CE) constituyen la más directa expresión del Estado social instaurado por nuestra Constitución, persiguiendo paliar las principales disfunciones del sistema socioeconómico capitalista²¹. Si bien no gozan de las mismas garantías jurisdiccionales o legislativas que los derechos del Capítulo II del Título I CE, la propia Constitución, en su art. 53.3, dispone que su reconocimiento, respeto y protección *“informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”*. Numerosas voces de la doctrina abogan por la plena normatividad de estos principios, afirmando que, más que principios meramente programáticos, son normas promotoras originadoras de auténticos derechos²². Y el mismo TC ha reconocido que esos preceptos también constituyen un parámetro de referencia para la determinación de la constitucionalidad de las leyes²³.

Es evidente, por consiguiente, que la seguridad y salud laboral es un valor constitucionalmente protegido, otorgándose a los poderes públicos –ejecutivo, legislativo y judicial- la obligación de custodiar su adecuada salvaguardia. Pero, ¿significa esto que dicha custodia ha de realizarse necesariamente a través del Derecho penal? A estos efectos, cabe señalar que la propia Constitución exige esta intervención para la tutela de uno de los derechos contenidos entre los

²¹ En este sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 174. Esta obra contiene, en sus págs. 163-205, una amplia y en su mayor parte vigente reflexión sobre la legitimidad del art. 348 bis a) CP 73, el antecedente inmediato del actual art. 316 CP.

²² En este sentido, LUCAS VERDÚ, P., “Principios rectores de la política social y económica” en *Prontuario de Derecho Constitucional*, compilado por el mismo autor, Comares, Granada, 1996, pág. 347. También, PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J.L., “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, *Revista de estudios políticos*, nº 122, 2003, págs. 269-316.

²³ Así, las SSTC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 1; y 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4.

principios rectores de la política social y económica: el patrimonio artístico, histórico y cultural (art. 46). En el caso del medioambiente requiere el texto fundamental (art. 45) su defensa mediante el Derecho sancionador, si bien faculta al legislador ordinario a decidir si resultan más adecuadas las sanciones penales o las administrativas.

Y en cuanto al derecho a la seguridad y salud laboral la Constitución nada dice, por lo que el empleo de la protección penal es discrecional del legislador, atendiendo a la intensidad de los ataques que reciba este bien jurídico y a la posibilidad de acudir a otros medios menos coactivos que otorgasen un amparo equivalente²⁴. A ello dedicaremos los siguientes apartados, si bien antes examinaremos cómo la relevante protección conferida por los constituyentes no es un caso aislado en el ordenamiento internacional, puesto que por ejemplo en la Unión Europea esta materia reviste una capital importancia.

b) La seguridad de los trabajadores, objeto de especial protección por el ordenamiento de la Unión Europea.

Ya en los Tratados Constitutivos, y en concreto en el de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)²⁵, se consignaba una referencia sumaria a la protección de la seguridad de los trabajadores. Sin embargo, es a partir del Acta Única Europea de 1986 cuando se produce una auténtica explosión de la atención del Derecho Comunitario, tanto primario como derivado, al fenómeno de la prevención de riesgos laborales.

²⁴ Sobre las obligaciones constitucionales de penalización consultar ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 16-20.

²⁵ *Vid* arts. 3 e) y 46.5 del Tratado Constitutivo de la CECA de 1951.

Dentro del **Derecho primario**, el art. 153.1 a) (antiguo art. 137 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) preceptúa que la UE apoyará y completará la acción de los Estados miembros, entre otros ámbitos, en *“la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores”*. Y el art. 156 TFUE (antiguo art. 140 TCE) establece que *“la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con: (...) la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales” y “la higiene del trabajo”*. Preceptos ambos introducidos en el Tratado, como hemos visto, por el Acta Única Europea. Con el Tratado de Ámsterdam, en 1997, la competencia legislativa en los ámbitos de las políticas sociales europeas se vio reforzada mediante la incorporación del acuerdo social en el Tratado CE. El Tratado de Lisboa de 2007, además de alterar la numeración de los artículos relativos a la política social, mantuvo la esencia de las disposiciones de los antiguos arts. 136 y siguientes TCE (actuales arts. 151 y siguientes TFUE).

Y entre el **Derecho derivado**, es preciso citar la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (en adelante Directiva Marco), que fue transpuesta a nuestro ordenamiento interno a través de la norma clave en esta materia: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL a partir de ahora). Pero la Directiva Marco está rodeada de decenas de Directivas, que regulan equipos, riesgos, trabajadores o sectores específicos, conformando un amplio corpus de textos legislativos comunitarios en este ámbito. En el caso de

la construcción, la norma básica es la Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

Además, la Unión Europea viene diseñando estrategias para la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, que se plasman en documentos en los que, tras efectuar un diagnóstico de los aspectos más relevantes en cada momento, fija unos objetivos a alcanzar en el próximo sexenio y esboza los instrumentos precisos para su consecución. El documento actualmente vigente, la **Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo** 2007-2012²⁶, se propone reducir en un 25% la tasa global de accidentes de trabajo en la UE-27.

Un último exponente de la preocupación de la Unión Europea por la prevención de riesgos en el trabajo es la creación de una agencia específica: la **Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo**, creada mediante el Reglamento CE 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994. Su objetivo, de conformidad con el art. 2 del referido Reglamento CE, **es el siguiente: “Al objeto de mejorar el entorno de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, de acuerdo con lo previsto por el Tratado y las sucesivas**

²⁶Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012). <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?checktexts=checkbox&val=443914%3Acs&pos=1&page=1&lang=en&pgs=10&nbl=1&list=443914%3Acs%2C&hwords=&action=GO&visu=%23texte>

estrategias y programas de acción comunitarios relativos a la seguridad y la salud en el lugar de trabajo, la Agencia tendrá como objetivo proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros, a los interlocutores sociales y a quienes trabajan en este ámbito toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo”.²⁷

1. 1. 2. Relevancia de los ataques al bien jurídico protegido.

Sentada en el apartado anterior la importancia del bien jurídico protegido por el delito contra los derechos de los trabajadores a la seguridad y a la salud en su puesto de trabajo, acometeré ahora un análisis sobre la relevancia de las agresiones a dicho bien jurídico.

Son bien conocidas las elevadas cifras de siniestralidad laboral que padece nuestro país. Durante muchos años se han estado produciendo alrededor de un millón de accidentes en el trabajo y, de ellos, aproximadamente un millar con resultado de muerte. Mientras que las enfermedades profesionales con baja superan anualmente las diez mil. Así lo reflejan las estadísticas oficiales.

Si bien estas **estadísticas** evidencian un *avance* realmente significativo en los últimos años en la lucha contra la siniestralidad laboral, no dejan de poner de manifiesto al mismo tiempo la *gravedad* que lamentablemente continúa caracterizando el estado de situación de esta cuestión. El descenso de las cifras

²⁷ Para obtener más información acerca de esta Agencia Europea se puede consultar su página web: <http://osha.europa.eu/es/front-page/view>

absolutas en los últimos años no sorprende, dado el parón en la actividad sufrido con motivo de la crisis económica que actualmente asola nuestro país; pero, más revelador resultan las cifras relativas que arrojan los índices de incidencia de accidentes: de 2001 a 2010 se han reducido hasta casi la mitad. No puede resultar ajeno a este progreso el incremento de la presión punitiva, como veremos más adelante²⁸.

En cualquier caso, continúan siendo cifras preocupantes que no deben llevar a relajarnos ante este todavía grave problema:

Accidentes de trabajo en España (con baja, en jornada e “<i>in itinere</i>”)²⁹							
2011³⁰		2010		2009		2008	
Total	Mortales	Total	Mortales	Total	Mortales	Total	Mortales
382.324	450	645.964	757	681.950	826	895.679	1.065
2007		2006		2005		2004	
Total	Mortales	Total	Mortales	Total	Mortales	Total	Mortales
1.022.067	1.167	1.033.440	1.303	981.795	1.286n	955.744	1.459

²⁸ *Vid* apartado I. 1.2.4 del presente trabajo.

²⁹ Los datos sobre la siniestralidad laboral en España contenidos en este trabajo han sido obtenidos de la página web oficial del Ministerio de Trabajo e Inmigración: <http://www.mtin.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

³⁰ Los datos de 2011 recogidos corresponden al período enero-agosto, únicos disponibles a la fecha de terminación del presente trabajo. Además, no son definitivos, suponiendo tan solo un avance publicado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración a la fecha de su elaboración.

Índice de incidencia de accidentes de trabajo en España (con baja y en jornada) ³¹									
2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001
3.870,9	4.130,7	5.069,1	5.760,3	5.880,1	6.011,8	6.136,4	6.386,7	7.057,2	7.349,9

Si analizamos los datos por **sectores de actividad**, es ampliamente conocido que el de la construcción es uno de los que padece mayores cotas de siniestralidad laboral en nuestro país. En concreto, y en lo que respecta a los accidentes mortales, es el segundo más peligroso en números absolutos, por detrás tan solo del sector servicios; y el que peores índices presenta con diferencia en términos relativos, atendiendo al volumen de mano de obra ocupada. Veamos las estadísticas oficiales:

Accidentes de trabajo en España por sectores (con baja y en jornada de trabajo)												
Sectores	Total 2010	Mortales 2010	Total 2009	Mortales 2009	Total 2008	Mortales 2008	Total 2007	Mortales 2007	Total 2006	Mortales 2006	Total 2005	Mortales 2005
Agrario	27.487	53	29.518	60	33.010	75	34.475	78	33.938	66	34.265	66
Industria	130.321	113	143.099	118	210.765	158	245.074	156	244.344	206	242.336	192
Construcción	100.542	134	114.378	166	186.655	253	250.324	276	250.313	296	238.495	310
Servicios	311.173	269	318.078	288	374.529	324	395.108	314	382.966	379	375.776	367

³¹ El índice de incidencia se calcula multiplicando por 100.000 el número de accidentes y dividiendo el resultado entre el número de afiliados a regímenes de la seguridad social con la contingencia de accidente de trabajo cubierta.

Índice de incidencia de accidentes laborales mortales en España por sectores (nº de accidentes mortales en jornada por cada 100.000 trabajadores)										
Sectores	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001
Agrario	4,9	5,2	6,1	7,0	5,7	5,7	6,3	5,0	7,4	8,9
Industria	5,5	5,7	6,6	7,0	8,2	8,1	8,5	8,9	9,3	9,0
Construcción	11,4	12,1	14,7	13,6	14,4	17,5	16,2	19,8	21,0	19,7
Servicios	2,6	2,8	3,0	3,1	3,9	3,9	4,8	5,2	5,9	5,5

Más allá de la frialdad de estos números, a nadie se le oculta el dolor que origina cada uno de estos accidentes; en las propias víctimas, si no fallecen, y en todo caso en sus familiares y amigos, provocando un efecto multiplicador del problema.

Además, es preciso tener en cuenta que el número real de accidentes laborales es superior al que divulgan las estadísticas oficiales; según DURÁN³², existe un número significativo de accidentes (superior al 10%) que, por diversas causas, no son contabilizados o se registran con menor gravedad de la que realmente poseen.

Pero, aparte de los accidentes, es también imprescindible tener presente la sensación de seguridad de los trabajadores, su percepción fundamentada y objetiva de que para ganarse un salario están poniendo en peligro su vida, salud o integridad física, aunque por azar nunca llegue a producirse un accidente laboral o enfermedad profesional, situación en sí misma merecedora de amparo

³² DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención, la seguridad y la salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001. Este informe significa, por ejemplo, que en 1999 el 13,6% de los accidentes declarados como graves finalizaron con la muerte del trabajador al cabo de unos días o semanas.

por los poderes públicos. Y a estos efectos, es muy revelador apreciar que la mayoría de los trabajadores españoles, el 70,9%, se consideran expuestos a riesgo de accidente en el desarrollo de su trabajo. En la construcción se presenta la mayor frecuencia de exposición, con un 89,3% de los trabajadores³³.

Por otro lado, si tenemos en cuenta las estadísticas de siniestralidad laboral de los países de nuestro entorno, con un desarrollo social y económico similar al nuestro, podremos apreciar que España cuenta todavía con un importante margen de mejora, ya que sus índices de incidencia son notablemente superiores a los de la **Eurozona**³⁴:

Índice de incidencia de accidentes laborales en la UE³⁵ (con más de 3 días de baja)											
2007		2006		2005		2004		2003		2002	
Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.
18.013	22.774	16.990	27.732	17.830	28.596	18.608	29.803	18.963	31.398	20.034	31.711

³³ Datos de la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, pág. 40: http://www.oect.es/Observatorio/Contenidos/InformesPropios/Desarrollados/Ficheros/Informe_VI_ENCT.pdf Es pertinente a este respecto la matización que efectúa LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 115-116, señalando que no puede ser objeto de tutela penal la sensación de temor o angustia subjetiva de los trabajadores, sin que ello impida que la lesión del bienestar psíquico del trabajador ante amenazas objetivas graves contra su seguridad sea un efecto colateral de los ataques al bien jurídico merecedor de protección penal.

³⁴ Hasta el ejercicio 2005, incluido, la Eurozona comprendía a efectos de estas estadísticas la UE 15. A partir de dicho ejercicio se consideran agregados también los datos de los Estados anexionados para conformar la UE 27.

³⁵ Los datos sobre la Eurozona contenidos en el presente trabajo han sido obtenidos de la página web de Eurostat, el organismo oficial de la UE en materia de estadísticas: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/health/health_safety_work/data/main_tables El índice de incidencia se calcula teniendo en cuenta el número de accidentes por cada 100.000 trabajadores ocupados.

También en el caso del sector de la construcción se aprecia una notable diferencia cuando se comparan las cifras de nuestro país con las de la Eurozona, que, aunque en los últimos años vienen decreciendo permanentemente, continúan siendo intolerables. De hecho, desde que en 1996 se registran estos datos en la Unión Europea, España ha ocupado el último lugar de entre todos los Estados en los índices relativos de siniestralidad laboral en este sector.

Índice de accidentes laborales en el sector de la construcción en la UE (con más de 3 días de baja)											
2007		2006		2005		2004		2003		2002	
Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.	Eurozona	Esp.
6.075	8.090	7.049	10.632	7.093	11.166	7.367	11.497	7.631	13.651	8.061	14.246

Con arreglo al objeto del presente trabajo, creo necesario destacar las circunstancias siguientes apuntadas por la **Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo** 2007-2012:

- la cuarta encuesta europea sobre las condiciones laborales indica que el 35% de los trabajadores considera que su trabajo encierra un riesgo para su salud. Recuerdo que en España es justo el doble.
- nuevas circunstancias dificultan la mejora de la seguridad y salud laboral, resaltando entre ellas: a) la evolución demográfica y el envejecimiento de la población activa; b) las nuevas tendencias en el empleo, incluido el desarrollo del trabajo por cuenta propia, la subcontratación y el aumento del empleo en las PYME; c) la pujanza de la inmigración.

- algunos tipos de enfermedades profesionales están aumentando (trastornos osteomusculares y alteraciones derivadas de presiones psicológicas).

De modo que, pese a que, como refleja también la Estrategia Comunitaria 2007-2012, en los últimos años se han experimentado mejoras en la seguridad y salud de los trabajadores europeos, es imprescindible proseguir y desarrollar los esfuerzos dirigidos a su promoción.

Por otra parte, aunque no revista desde luego la misma importancia que el coste humano derivado inevitablemente de la siniestralidad laboral, es preciso tener también en cuenta su **coste económico**. Estudios de la Secretaría Confederal de Medioambiente y Salud Laboral de Comisiones Obreras³⁶, con datos de 2003, han cuantificado estos costes en 13.085 millones de euros, más del 1,7 % del PIB de dicho ejercicio. Mientras que el análisis de los costes de la siniestralidad laboral llevado a cabo por REMO DÍEZ para el año 2007 arroja una cifra de 19.110.959.164 de euros, lo que representa aproximadamente el 2 % del PIB nacional de ese ejercicio³⁷.

Por consiguiente, resulta irrefutable la relevancia cuantitativa, cualitativa y comparativa de los accidentes de trabajo en España. No sólo su número es muy elevado y provocan daños a los bienes jurídicos más importantes: la vida, la salud y la integridad física de las personas; sino que, si los comparamos con Estados de análogo nivel de progreso, queda patente la gravedad de la situación

³⁶ Vid <http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=3438>

³⁷ REMO DÍEZ, M.N., “Costes sociales de la siniestralidad laboral 2000-2007”, *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León*, N.º. Extra 1, 2011, págs. 213-231.

en nuestro país. Es trascendental, igualmente, tener en cuenta el altísimo porcentaje de trabajadores que se consideran expuestos a accidentes en el ejercicio de su trabajo. La importancia de este problema es especialmente grave en el sector de la construcción, donde la necesidad del Derecho penal parece difícilmente discutible.

1. 2. Pertinencia de la intervención penal en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

“La... contradicción de partida entre los fines del Estado democrático y la limitación de libertad que las normas penales suponen hacen que (su) utilidad se resuma en la estricta necesidad del recurso al Derecho penal por parte del Estado. El Estado sólo podrá intervenir penalmente cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones esenciales: cuando la intervención sea eficaz y cuando, a la vez, sea ineficaz el recurso a otros medios que impliquen un sacrificio menor de valores que él mismo pondera positivamente y cuya obtención, mantenimiento y propulsión constituyen la fuente de su propia justificación”³⁸.

De conformidad con lo previamente expuesto, a fin de establecer si se satisfacen las exigencias del principio de subsidiariedad propias de un Estado Democrático y de Derecho, y resulta por tanto pertinente la tutela penal, realizaremos a renglón seguido un estudio sobre la eficacia de la responsabilidad civil, de la

³⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, ob. cit., págs. 168-169. El estudio de este autor sobre la legitimidad de la intervención penal en la lucha contra la siniestralidad laboral se centra en lo que denomina su “*legitimidad democrática*”. Considero digna de ser resaltada la siguiente reflexión de entre las que muy acertadamente construyen su razonamiento a estos efectos: “*una norma penal y, en general, una norma coactiva será ilegítima en cuanto tal si la norma de comportamiento que prescribe no sirve a la ampliación de los márgenes de libertad propios de un sistema democrático de convivencia: si su fin de protección no se proyecta sobre alguno de los objetos que dimanen del criterio de legitimidad democrática*”.

actuación administrativa y del mismo Derecho penal para combatir la siniestralidad laboral³⁹.

1. 2. 1. La insuficiencia de la reparación civil del daño.

Es indudable que ante un accidente laboral un Estado de Derecho debe garantizar el resarcimiento del daño causado a la víctima por parte de los responsables de haberlo causado. Esta obligación recae principalmente sobre el empresario, en cuanto principal deudor del deber de protección de sus trabajadores, en virtud de lo preceptuado por el art. 14 de la LPRL, por lo que se trataría en estos casos de una responsabilidad **contractual** (1.124 CC). Sin embargo, puede haber otros sujetos civilmente responsables, como, por ejemplo, los servicios de prevención ajenos de la empresa o, en el ámbito de la construcción, los promotores de las obras en que haya acaecido el siniestro o los técnicos que asuman la coordinación de la seguridad y salud laboral; en estos casos la responsabilidad civil sería de naturaleza **extracontractual** (1.902 CC).

No obstante, hay un consenso generalizado en la doctrina⁴⁰ al señalar que la reparación civil **no proporciona una protección eficaz** de la seguridad de

³⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal*, *ob. cit.*, págs. 193 y siguientes, menciona también una serie de mecanismos de índole laboral para ofrecer protección extrapenal a la seguridad y salud de los trabajadores: la facultad de extinción del contrato con derecho a indemnización por despido improcedente (art. 50 ET), la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación de seguridad del empresario (art. 1.124 CC) o el otorgamiento de poderes de control y ejecutivos a las organizaciones sindicales.

⁴⁰ En este sentido, por todos, HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 77-78; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección...*, *ob. cit.*, pág. 196; y TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, *ob. cit.*, págs. 22-24.

los trabajadores, dada su escasa eficacia preventiva, y ello con base en los siguientes argumentos:

- a) por devengarse sólo cuando ya se ha producido el daño y no *ex ante*, de modo que su función es más resarcitoria que preventiva.
- b) por ser estos riesgos asegurables, lo que da lugar a que algunos empresarios consideren la seguridad laboral como un mero coste fijo más para el ejercicio de su actividad.
- c) por resultar con frecuencia más rentable indemnizar los accidentes laborales que se produzcan, que invertir en la implantación de un sistema preventivo eficaz en la empresa.
- d) por no gozar de un mecanismo público para su persecución, por lo que el damnificado deberá soportar los costes –económicos y de todo tipo– derivados de la reclamación, lo que puede resultar disuasorio o fomentar acuerdos extrajudiciales que no indemnicen completamente los daños efectivamente irrogados.

1. 2. 2. La indispensable pero limitada intervención administrativa.

El papel que debe jugar la Administración en la lucha contra la siniestralidad laboral es trascendental. La propia **LPRL**, consciente de ello, dispone en su art. 5.1, que la política en materia de prevención de riesgos laborales “*se llevará a cabo por medio de las normas reglamentarias y de las actuaciones*

administrativas que correspondan”; si bien identifica, en este mismo precepto y en su art. 7, algunas de ellas:

- a) promoción de la mejora de la educación en materia preventiva en los diferentes niveles de enseñanza y de manera especial en la oferta formativa correspondiente al sistema nacional de cualificaciones profesionales, así como la adecuación de la formación de los recursos humanos necesarios para la prevención de los riesgos laborales.
- b) fomento de aquellas actividades desarrolladas por otras Administraciones Públicas, empresarios, trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas, en orden a la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo y la reducción de los riesgos laborales, la investigación o fomento de nuevas formas de protección y la promoción de estructuras eficaces de prevención.
- c) adopción de programas específicos dirigidos a impulsar la mejora de los niveles de protección, lo que podrá instrumentarse a través de la concesión de incentivos empresariales.
- d) prestando asesoramiento por sus órganos técnicos en materia preventiva, incluidas la asistencia y cooperación técnica, la información, divulgación e investigación en materia preventiva.
- e) velando por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales mediante las actuaciones de vigilancia y control.
- f) sancionando el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. En este apartado, pese al gran debate dogmático al respecto,

podríamos incluir al recargo de prestaciones, además del catálogo de sanciones previsto por la LISOS.

La pregunta a formularse sería: ¿**basta con el Derecho sancionador administrativo** para salvaguardar la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores?, ¿podríamos prescindir, con base en los principios de intervención mínima y subsidiariedad, de la intervención penal? Coincido con la gran mayoría de la doctrina⁴¹ al responder de forma negativa a estas preguntas; y ello en virtud de los siguientes **argumentos**:

- a) por la distinta naturaleza de las sanciones aplicables por cada uno de estos órdenes. La Administración no puede imponer sanciones que directa o indirectamente supongan la privación de libertad. Además, las sanciones penales tienen un mayor efecto estigmatizador que las administrativas, y ello aunque estas últimas puedan ser iguales o, incluso, más gravosas; una multa de 6.000 euros no es percibida de igual modo, ni por el condenado ni por la sociedad, si se impone en el seno de un proceso penal que por una Administración Pública. De modo que las sanciones penales poseen un mayor efecto preventivo que las penales; si bien sólo se podrá acudir a ellas cuando, atendiendo al principio de

⁴¹ Se muestran expresamente favorables a la intervención penal en este ámbito, entre otros, **BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E.**, “Consideraciones sobre...”, *ob. cit.*, págs. 75-76; **CORCOY BIDASOLO, M.**, **CARDENAL MONTRAVETA, S.**, y **HORTAL IBARRA, J.**, “Protección penal de los accidentes laborales (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 2 de septiembre de 2003”, *Revista Poder Judicial*, nº 71, 2003, págs. 43-46; **LASCURAÍN SÁNCHEZ**, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 193 a 205; **TERRADILLOS BASOCO**, *La siniestralidad laboral...*, *ob. cit.*, págs. 30 a 38; y **VILLACAMPA ESTIARTE**, y **MORALES GARCÍA**, “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios al Código Penal español*, **QUINTERO OLIVARES, G.** (Dir.), Tomo II, 6ª edic., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 612-613.

fragmentariedad, las agresiones a los bienes jurídicos protegidos revistan una especial gravedad.

- b) la persecución administrativa de las infracciones se rige por el principio de oportunidad, y no por el de legalidad como la de índole penal, por lo que la Administración puede seleccionar a las empresas a las que va a sujetar a supervisión y, en su caso, sanción.

1.2. 3. El necesario recurso al Derecho penal.

Existe un amplio consenso en la doctrina al afirmar que la **diferencia entre el Derecho sancionador administrativo y penal** es no sólo cuantitativa, sino también cualitativa. SILVA SÁNCHEZ⁴², entre otros, sostiene que lo decisivo es la diferente finalidad que persiguen. El Derecho penal “*persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio*”. Y el Derecho administrativo sancionador “*persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial); por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o de peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por los criterios de oportunidad y no de legalidad)*”.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, ob. cit., pág. 125. También en este sentido, GARCÍA ARÁN, M., “Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, pág. 1.259.

La lucha contra la siniestralidad laboral debe ser mantenida, por supuesto, desde el punto **de vista estructural o “macrosocial” del problema, por parte de** las sanciones administrativas; pero necesariamente también, como hacen los arts. 316 y 317 CP, combatiendo a través de la intervención penal los peligros concretos y graves que afecten a la vida, a la integridad física y a la salud de trabajadores determinados de forma individual. Especialmente, si tenemos presente la intensidad de los ataques que están sufriendo en nuestro país estos bienes jurídicos.

Esta admisibilidad del empleo del Derecho penal en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores ha sido ampliamente reconocida por la doctrina. Igualmente, algunas encuestas⁴³ realizadas entre los propios trabajadores han revelado que, en su opinión, es precisa su participación para hacer frente a este grave problema.

En cualquier caso, es preciso señalar que la necesidad del Derecho penal no implica que por sí solo sea suficiente, pues ha de ser una herramienta más que complemente una acción global y coordinada de los agentes económicos, los poderes públicos y la sociedad en general para tratar de paliar el drama de la siniestralidad laboral⁴⁴.

⁴³ En este sentido, una encuesta llevada a cabo sobre trabajadores del sector de la construcción de Cádiz reflejó que el 85% consideró que una aplicación más dura de los tipos penales sería la mejor solución a los accidentes laborales. *Vid* TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M. y GALLARDO GARCÍA, R., *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, Universidad de Cádiz, 2005, pág. 110.

⁴⁴ Insiste en esta llamada de atención LASCURAÍN SÁNCHEZ en varios de sus trabajos, pudiendo citar entre otros: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.): *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, Ramón Areces, Madrid, 1998, pág. 639.

Incluso, más allá de la legitimidad de la protección penal de la vida, integridad física y salud de los trabajadores, cabría plantearse si acudir a ella es **preceptivo** para los poderes públicos, con arreglo a la naturaleza fundamental de estos derechos. En efecto, siguiendo a DOMÉNECH⁴⁵, podríamos afirmar que *“los derechos fundamentales –en cuanto que mandatos de optimización- obligan al Estado a tomar todas las medidas de protección adecuadas para proteger los bienes fundamentales frente a cualquier daño o riesgo y, por lo tanto, también medidas de índole penal, en tanto en cuanto éstas constituyan un instrumento útil para lograr este fin”*⁴⁶. Fundamenta tal aseveración el citado autor en varias resoluciones judiciales tanto del TC –SSTC 53/1985, de 11 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre; y 116/1999, de 17 de junio- como del TEDH –SSTEDH de 26 de marzo de 1985 (X e Y contra Países Bajos); de 4 de diciembre de 2003 (MC contra Bulgaria); de 23 de septiembre de 1998 (A contra el Reino Unido); y de 26 de julio de 2005 (Siliadin contra Francia)-.

Por consiguiente, es preciso abordar ahora la posible utilidad y eficacia de la intervención penal, a fin de poder determinar finalmente su legitimidad e, incluso, la existencia de un eventual derecho fundamental a la protección penal de la siniestralidad laboral.

⁴⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G., “Los derechos fundamentales a la protección penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, sept.-dic. 2006, págs. 333-372. De interés sobre este asunto resulta también SANTANA VEGA, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 60 y siguientes.

⁴⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G., “Los derechos...”, *ob. cit.*, pág. 360. *Vid* también a este respecto ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a...*, *ob. cit.*, págs. 16-20.

1. 2. 4. La eficacia de políticas de prevención laboral que incluyen intervención penal.

Previamente hemos podido observar cómo las estadísticas oficiales en materia de **sinistralidad laboral** muestran una constante **mejora**, tanto en el número total de accidentes como en los de resultado mortal, y tanto en cifras absolutas como relativas. Aunque las cifras de sinistralidad laboral distan todavía mucho de ser tolerables, pues siguen estando muy lejos de las de la Eurozona, sí parecen descubrir que se están dando pasos en la dirección correcta.

Es un dato objetivo que durante estos últimos años hemos asistido a un significativo **incremento de la presión punitiva penal**. La información suministrada por las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado⁴⁷ desvela un importante número de diligencias de investigación incoadas –si bien, en continuo descenso- y una cifra creciente de escritos de acusación presentados por el Ministerio Fiscal, así como de las Sentencias dictadas en primera y segunda instancia por la jurisdicción penal:

	2010	2009	2008	2007	2006
Diligencias de investigación incoadas	1.221	1.658	1.730	1.093	2.092
Escritos de acusación del Mº Fiscal	859	852	785	650	350
Sentencias de Juzgados de lo Penal	552	480	405	337	249
Sentencias de Audiencias Provinciales⁴⁸	145	145	117	86	47

⁴⁷ *Vid* Memorias Anuales de la Fiscalía General del Estado en la siguiente página web: http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967610&language=es&pagename=PFiscal%2FPa ge%2FFGE_sinContenido

⁴⁸ Las propias Memorias de la Fiscalía advierten de la imprecisión de los datos que publican relativos al número de Sentencias, que consideran inferiores a los reales. Así, la Memoria de

Los datos que acabamos de exponer se producen amén del aumento de resoluciones condenatorias por los delitos que nos ocupan, que ha sido realmente notorio en los últimos años. Resulta revelador a este respecto el cuadro de resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Penal que publica la Memoria de la Fiscalía de 2010:

Año de los Hechos	Condenatorias	Absolutorias	Total
1996	1	1	2
1997	2	1	3
1998	3	0	3
1999	4	0	4
2000	6	3	9
2001	13	3	16
2002	18	16	34
2003	22	10	32
2004	34	16	50
2005	48	20	68
2006	54	17	71
2007	59	30	89
2008	22	9	31
2009	2	1	3
2010	1	0	1

2009, pág. 754. No obstante, la Memoria de 2010 ha revisado ya a la alza el dato consignado en la Memoria del ejercicio anterior.

Como apuntan las propias Memorias de la Fiscalía General del Estado, sería incierto atribuir esta ligera mejora de la siniestralidad laboral en exclusiva a la mayor actividad del Derecho penal; y aunque no imposible, sería sumamente difícil determinar qué papel parcial ha tenido en ella. Parece innegable que, aunque resulta extremadamente complicado saber en qué medida, son **factores**, entre otros, que han contribuido a dicho avance los siguientes:

- a) La mejora de la normativa de aplicación: si bien aún restan no pocas reformas de relevancia que acometer, en los últimos años se han promulgado normas en su mayor parte atinadas. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 54/2003 por la que se reformó la LPRL y la LISOS y de la que destacaría sus esfuerzos por conseguir una mayor integración de la prevención en el sistema de gestión empresarial o la introducción de los recursos preventivos. También la aprobación del RD 171/2004 era muy necesaria para desarrollar las disposiciones del art. 24 LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales. Finalmente, en el ámbito de la construcción, cabe subrayar la Ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en este sector y su Reglamento de desarrollo, mediante los que se apuesta acertadamente por una mínima solvencia y cualificación de las empresas, la formación de los trabajadores y la limitación de la externalización productiva.
- b) La actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: que si bien no ha acrecentado su actividad en los últimos años en el campo de la seguridad y salud laboral, ha mantenido una presión constante a las empresas mediante sus labores de vigilancia y sanción. En los últimos años (2005-2010), este organismo de media anual viene realizando

399.697 actuaciones en este ámbito e imponiendo 27.100 infracciones que suponen 89.363.548 euros en sanciones⁴⁹.

- c) Una mayor coordinación y cooperación entre los poderes públicos con competencias en la materia: a estos efectos es preciso subrayar el Protocolo Marco de Colaboración suscrito en 2007 entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias. Posteriormente, se han adherido al Protocolo el Ministerio de Justicia, las centrales sindicales UGT y CC.OO., el Consejo General de la Abogacía y las Comunidades Autónomas.

Pero no es menos cierto que muy probablemente la mayor intensidad, cuantitativa y cualitativa, de la respuesta penal a las infracciones más graves en materia de seguridad y salud laboral, ha tenido que coadyuvar a este mejorable pero incesante progreso de las cifras de accidentes de trabajo, habida cuenta la poderosa eficacia preventiva de este recurso. Aunque no sea posible probarlo en este contexto, no creo que nadie pueda dudar que, en mayor o menor medida, se ha sumado a las causas que están influyendo en dicho progreso⁵⁰.

Por lo tanto, el papel que están desarrollando los arts. 316 y 317 CP parece notoriamente legitimado; siendo posible incluso defender la obligada presencia

⁴⁹ *Vid* la página web de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: http://www.mtin.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/index.html

⁵⁰ Ya en 1994 LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 202, se mostraba plenamente convencido de la eficacia de una intervención penal adecuada.

y aplicación de estos tipos para otorgar una adecuada protección a los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física.

2. Algunas de las indeseables disfunciones de la intervención penal actual.

Sentada la necesidad de otorgar protección penal a la siniestralidad laboral, anticiparemos en este apartado algunas de las disfunciones más graves que actualmente presenta su ejercicio con la aplicación de los arts. 316 y 317 CP en el sector de la construcción. Más adelante, en nuestro estudio sobre los sujetos activos de estos delitos, profundizaremos en el análisis de dichas disfunciones y propondremos para su subsanación algunas pautas interpretativas o reformas legislativas que serían convenientes a nuestro juicio.

Como adelantamos ya en la introducción al presente trabajo, está ampliamente admitido **que la expansión y “administrativización” del Derecho penal** ha supuesto una *flexibilización* de las garantías y criterios de imputación personal. Sin embargo, estimo que en algunos casos relacionados con los delitos que nos ocupan dicha flexibilización ha superado los límites de lo admisible.

Es cierto que estamos ante delitos cuya estructura típica reviste una gran **complejidad técnica, que algunos no han dudado en calificar de “endiablada”⁵¹**, por lo que la determinación del círculo de sujetos activos idóneos resulta especialmente compleja. Pero ello no debe servir más que como un acicate para

⁵¹ Entre otros, TAMARIT SUMALLA, J.M., “*Comentario al art. 316 CP*”, en *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, (QUINTERO OLIVARES, G. Coord. y MORALES PRATS, F. Dir.), Aranzadi, 4ª edic., Cizur Menor, 2004, pág. 1.101.

redoblar nuestros esfuerzos a fin de que la acción penal se dirija en cada caso contra los sujetos realmente responsables de los déficits en materia de seguridad y salud laboral en las obras de construcción. De esta forma no sólo se hará justicia, sino que multiplicaremos la eficacia preventiva de la intervención penal.

Por tanto, fijaremos nuestros esfuerzos en las disfunciones más directamente relacionadas con la determinación de los sujetos responsables de estos delitos, lo que no quiere decir que no se produzcan también incorrecciones en otros ámbitos de la respuesta penal. Por ejemplo, se dan también en ocasiones quebrantamientos de garantías procesales constitutivas del derecho fundamental a un proceso justo⁵².

Se pueden clasificar en dos tipos las disfunciones de la intervención penal relativas a la determinación de los autores de los delitos contra la seguridad y salud en el ámbito de las obras de construcción: las que afectan al principio de

⁵² Obviamente, la vulneración de garantías procesales fundamentales no es patrimonio exclusivo de la aplicación de los delitos 316 y 317 CP, pero sí podemos afirmar que se da con mayor frecuencia que en otras infracciones penales. No son pocas las infracciones del principio acusatorio -**Vid** a este respecto -, y entre otras, las SSAP de Tenerife, Secc. 5ª, de 1-6-2007, de Guipúzcoa, Secc. 1ª, de 13-10-2008 y de Huelva, Secc. 2ª, de 29-1-2010; así como la STC 75/2003, de 23 de abril-, generalmente por imputar la comisión de la conducta negligente del art. 317 CP cuando las acusaciones se fundaban en el delito doloso previsto en el art. 316 CP. La STS (Sala 2ª) de 12-11-1998 condena en aplicación del tipo doloso del art. 316 CP, anulando la absolución de instancia, sin el más mínimo análisis de la culpabilidad de los acusados y en contradicción con los hechos declarados probados. Se producen también clamorosos atentados contra los principios de inmediación, contradicción y publicidad, al modificar los hechos **declarados probados en instancia sin actividad probatoria ante el órgano “ad quem”** -es el caso de las SSAP de Madrid, Secc.2ª, de 20-7-2006, de Alicante, Secc. 2ª, de 16-2-2007 (anulada mediante STC 188/2009, de 7 de septiembre) y de Huelva, Secc. 2ª, de 29-1-2010. **Vid** también la STC 80/2006, de 13 de marzo-. Y, finalmente, podemos encontrar vulneraciones del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por condenar sin pruebas de cargo suficientes para desvirtuar dicha presunción - en este sentido, se pueden consultar las SSAP de Córdoba, Secc. 1ª, de 5-11-2007; y de Almería, Secc. 3ª, de 15-7-2009.

legalidad penal y las relativas a una automatización de los criterios de imputación objetiva.

2.1. Graves insuficiencias desde el punto de vista del principio de legalidad penal.

El art. **25.1 CE** consagra el derecho fundamental a la legalidad penal que, en su vertiente material, exige tipos penales claros, precisos y determinados y proscribela interpretación extensiva de la norma penal por parte de los órganos judiciales. Y en su vertiente formal, este principio demanda que los tipos estén regulados por una norma con rango de ley, permitiéndose sin embargo por el TC el empleo de normas penales en blanco cuando se cumplan determinados requisitos.

A mi juicio, este principio fundamental es frecuentemente incumplido, provocando una gran inseguridad jurídica.

1.- Incumplimiento por parte del art. 316 CP de los requisitos exigidos por el TC para los tipos penales en blanco.

El art. 316 CP envía a la normativa de prevención de riesgos laborales para esclarecer el círculo de posibles sujetos activos del delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral, constituyendo por tanto una **norma penal en**

blanco⁵³. Más adelante trataré de argumentar por qué no resulta justificado el empleo de una norma penal en blanco para determinar los autores idóneos de este delito, pero avanzaremos inmediatamente algunas de las razones que nos asisten.

El delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral es uno de los escasos tipos de nuestro CP que precisa ser colmado con otros textos normativos para su integración en lo que al establecimiento de las condiciones de la autoría se refiere, además de en lo concerniente a la acción merecedora de reproche penal.

En compañía de otros autores⁵⁴, considero que no está justificado el envío a la normativa extrapenal para la determinación de la autoría por razones de dificultad de regulación del bien jurídico protegido. Y ello por cuanto los sujetos obligados a proteger a los trabajadores no cambian con una asiduidad tal que requiera su regulación a través de disposiciones reglamentarias.

La concreción del autor en el tipo no sólo otorgaría una mayor seguridad jurídica, evitando la actual ambigüedad, sino que proporcionaría una mayor legitimidad democrática al delito, si fuese el legislador orgánico quien lo fijase.

⁵³ Así es entendido por la mayoría de la doctrina; por ejemplo y entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 615-620; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 249; y LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Seis tesis...”, *ob. cit.*, págs. 204-205; y también la Jurisprudencia, por ejemplo, las SSTs Sala 2ª de 26-7-2000 y de 29-7-2002. AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, págs. 254-258, considera, en cambio, que se trata de un elemento normativo de carácter interpretativo.

⁵⁴ Defienden este criterio AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 270-277; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, “Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas”, en *Actualidad Penal* nº 38, 2000, pág. 813; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección...*, *ob. cit.*, págs. 292-299, y “Seis tesis...”, *ob. cit.*, págs. 204-208; y PÉREZ MANZANO, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Relaciones Laborales* nº 3, 1997, pág. 296;. Proclama, sin embargo, la conformidad de la fórmula típica con el principio de legalidad penal HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 249.

2.- Excesiva profusión y dispersión e insuficiente taxatividad de las normas extrapenales que completan el tipo penal en blanco del art. 316 CP.

La observancia del principio de legalidad penal por parte de la normativa extrapenal de complemento de este tipo penal en blanco resulta, como veremos, más que discutible.

Por un lado, por la excesiva profusión, dispersión y heterogeneidad de las disposiciones legales, reglamentarias e, incluso, convencionales que integran este delito. Esta circunstancia se agrava en el sector de la construcción donde coexisten tres ordenamientos en materia de prevención de riesgos laborales: en primer lugar, el régimen general de aplicación a cualquier empresa (constituido principalmente por la LPRL y el RD 39/1997 por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención); en segundo lugar, el específico en cuanto empresas contratistas o subcontratistas (fundamentalmente Ley 32/2006 de subcontratación y su reglamento de desarrollo); y, en tercer lugar, el aplicable a las obras de construcción (formado primordialmente por el RD 1627/1997 por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción). El adecuado conocimiento de la normativa aplicable dificulta su cumplimiento por parte de los posibles sujetos activos del delito que nos ocupa y su aplicación por los órganos judiciales, provocando una gran imprevisibilidad sobre la punibilidad de las conductas, en términos incompatibles con el principio de seguridad jurídica.

Y, por otro lado, por la ambigüedad y falta de claridad de las normas extrapenales de complemento. En el caso de la construcción, el RD 1627/1997 – principal reglamento en la materia- utiliza no pocos términos vagos y genéricos

a lo largo de su articulado; sin embargo, el mayor reto para el derecho fundamental a la legalidad penal proviene de la escasa taxatividad de su art. 9, en el que se regula la figura del coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. Tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia existen distintos y opuestos entendimientos sobre las funciones y responsabilidades de estos agentes⁵⁵, lo que conculca el derecho fundamental a la legalidad penal según el TC⁵⁶.

3.- Interpretación y aplicación extensiva de los tipos penales.

En primer lugar, considero que, a la luz del principio de legalidad penal, debería **de interpretarse restrictivamente la expresión “los que (...) estando legalmente obligados” que emplea el tipo del art. 316 CP**, de forma que sólo puedan considerarse autores idóneos de estos delitos a los que estuvieran obligados a facilitar a los trabajadores medios de seguridad y salud por una norma con rango de ley. En el sector de la construcción esta interpretación provoca relevantes consecuencias, al estimar *extranei* a estos delitos al promotor y a sus delegados.

Sin embargo, en esta cuestión mi postura es claramente minoritaria, ya que no sólo no existe ninguna resolución judicial que ampare esta interpretación restrictiva, sino que tampoco entre la doctrina cuenta con apoyos claros.

⁵⁵ Por un lado, una línea jurisprudencial atribuye a este agente una labor de supervisión y vigilancia, cual principal delegado del empresario, llegando a exigirle una presencia cuasi-continua y activa en la obra (SSAP de Barcelona de 28-10-2005, de Madrid, Secc. 7ª, de 8-3-2006 y de Tarragona, Secc. 2ª, de 6-3-2009); mientras que otra orientación jurisprudencial concibe al coordinador como un técnico llamado a efectuar estrictas funciones de enlace entre la pluralidad de agentes que concurre en una obra (las SSAP de Madrid, Secc. 17ª bis de 1-2-2006; de Badajoz, Secc. 3ª, de 3-6-2008; y de Valencia, Secc. 4ª, de 26-3-2009).

⁵⁶ En este sentido, las SSTC 89/1983, de 2 de noviembre.; y 53/1994, de 24 de febrero.

Otro buen ejemplo de la interpretación extensiva del tipo contenido en el art. 316 CP es la excesiva amplitud con que los órganos judiciales entienden su conducta típica, yendo más allá de la literalidad del tipo penal.

La conducta típica del antecedente de estos tipos, el art. 348 bis a) del CP 1973, incriminaba, **además de por “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, por “no exigir su cumplimiento”** por los trabajadores. Sin embargo, el art. 316 CP recoge únicamente esta **primera conducta, “no facilitar los medios”, pero ha suprimido toda referencia a la exigencia de supervisar y requerir la utilización y cumplimiento de las medidas facilitadas a los trabajadores.**

Pues bien, resulta sorprendente que los órganos judiciales continúen de forma mayoritaria condenando por la ausencia de vigilancia y exigencia de uso de los medios facilitados a los trabajadores, cuando el legislador expresamente ha eliminado esta conducta del tipo⁵⁷.

No son extrañas, tampoco, las condenas basadas, al menos parcialmente, en meros incumplimientos formales de la normativa de prevención de riesgos laborales que, como mucho, podrían provocar un peligro abstracto, pero nunca concreto⁵⁸ a los bienes jurídicos protegidos.

⁵⁷ En este sentido, por ejemplo, las SSAP de Castellón, Secc. 3ª, de 3-9-2002; Barcelona, Secc. 10ª, de 27-1-2003; y de A Coruña, Secc. 2ª, de 17-4-2006.

⁵⁸ Así, entre otras, las SSAP de Madrid, Secc. 2ª, de 20-7-2006, por no actualizar el plan de seguridad y salud laboral; y de Valladolid, Secc. 4º, de 27-10-2009, por no comunicar la apertura del centro de trabajo a la autoridad laboral.

La interpretación extensiva de los tipos penales supone, igualmente, un atentado al derecho fundamental a la legalidad penal.

4.- Aplicación de los Decretos de 1971 sobre competencias de Ingenieros y Arquitectos Técnicos, tácitamente derogados.

Como consecuencia de la Ley 2/1969 sobre Reordenación de las Enseñanzas Técnicas, en 1971 el Gobierno, a propuesta de los Ministerios en cada caso competentes, promulgó varios Decretos –uno por profesión- estableciendo las facultades y competencias de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos.

La mayor parte de estos Decretos, pero no todos, incluyen entre las facultades y competencias de estos profesionales la de controlar los sistemas de protección y ***exigir en obra “el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo”***; lo que ha llevado a no pocos órganos judiciales a condenar a estos titulados por una infracción de este supuesto deber⁵⁹.

Sin embargo, defiende en este trabajo que estos preceptos han de estimarse tácitamente derogados por la promulgación de la Ley 12/1986 sobre atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos en términos contrarios a los referidos Decretos de 1971; por la profunda transformación de la normativa de seguridad y salud laboral, que ha atribuido estas funciones de control y vigilancia al empresario, de modo mediato, y al recurso preventivo, de forma inmediata; y, finalmente, por la aprobación de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación (LOE), en la que regulando la misma cuestión, no asigna estas funciones a Arquitectos Técnicos e Ingenieros

⁵⁹ Es el caso, por ejemplo, de las SSAP de Castellón, Secc. 3ª, de 3-9-2002; de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2ª, de 5-10-2006; y de Barcelona, Secc. 9ª, de 14-12-2007.

Técnicos. Esta situación de, como mínimo, incertidumbre objetiva sobre la derogación o no de una norma preconstitucional implica que la fundamentación de una condena penal en dichos Decretos constituye una violación de los principios de seguridad jurídica e “*in dubio pro reo*”, integrados ambos en el derecho fundamental a la legalidad penal.

Por otra parte, la aplicación de los citados Decretos de 1971 da lugar a situaciones contrarias al principio de igualdad⁶⁰, como exigir a un mismo tipo de agente, por ejemplo el coordinador de seguridad y salud, distintas obligaciones en función de su titulación: si es arquitecto técnico o ingeniero técnico (de los que contaban con obligaciones en materia de seguridad laboral en su respectivo Decreto) se le demandan las obligaciones del RD 1627/1997 y las del Decreto de 1971 correspondiente, si lo tuvieran, y si es arquitecto o ingeniero tan solo las previstas en el primer Decreto.

2.2. Automatización de los criterios de imputación objetiva.

Un elemento caracterizador de la “*sociedad del riesgo*” es la **complejidad organizativa** de las relaciones de responsabilidad. La responsabilidad se ramifica a través de procesos en los que participan diversas personas, a veces integradas en un contexto de división del trabajo y otras veces sin relación entre ellas⁶¹.

⁶⁰ Resulta especialmente patente esta situación discriminatoria en algunas resoluciones, como las siguientes: las SSAP de Barcelona, Secc. 6ª, de 28-10-2006; y de Valladolid, Secc. 2ª, de 17-4-2008.

⁶¹ MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal...*, ob. cit., págs. 28-29.

En el caso del delito contra el derecho a la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores del sector de la construcción la determinación de los responsables es realmente compleja. Más allá de la participación del empresario y sus delegados, concurren en las obras de construcción sujetos específicos como los promotores, los técnicos proyectistas, redactores de estudios de seguridad y salud, de la dirección facultativa y que desempeñan la coordinación de seguridad y salud laboral, amén de la habitual presencia de un elevado número de subcontratistas y trabajadores autónomos, cada uno de ellos con sus correspondientes trabajadores.

Aunque resulta innegable la complejidad de esta maraña de sujetos intervinientes, es moneda común en la aplicación jurisprudencial del delito que analizamos la imputación automática a ciertos sujetos a los que *a priori* el órgano judicial les presume una mayor responsabilidad en materia de seguridad y salud en la obras, generalmente coordinadores de seguridad y jefes o encargados de obra, sin realizar en la Sentencia condenatoria el menor esfuerzo motivador de la supuesta imputación objetiva –y muchas veces tampoco subjetiva- a dichos sujetos de los hechos en cada caso enjuiciados⁶².

Cabe también comentar, asimismo, que la Jurisprudencia se fija en demasía en las causas más inmediatas de los siniestros, acaecidas en su fase de ejecución. Aunque pueda resultar comprensible, por ser más evidente su imputación objetiva, sería deseable una mayor atención del juzgador penal a causas anteriores a las obras, quizás más remotas, pero muchas veces más determinantes, como puede ser la ausencia de un sistema preventivo eficaz en

⁶² Es el caso de, entre otras, las SSAP de Valencia, Secc. 4ª, de 18-5-2001; de Madrid, Secc. 2ª, de 20-7-2006; y de Valladolid, Secc. 2ª, de 17-4-2008.

las contratistas, contar con planes de prevención de riesgos laborales insuficientes o inadecuados, la existencia de estudios de seguridad y salud que no buscan más que un cumplimiento formal de la normativa aplicable, o la redacción de proyectos de obra que no han tenido en cuenta en modo alguna la prevención de riesgos laborales.

Y ello por cuanto la denunciada automatización funciona no sólo *incluyendo* a determinados agentes entre los sujetos condenados, sin el debido estudio de su responsabilidad en el caso concreto, sino también *excluyendo* automáticamente a otros agentes que juegan un papel relevante en la implantación de la prevención en las obras de construcción, como son los técnicos de los servicios de prevención, los redactores de los estudios de seguridad y salud o los proyectistas⁶³.

⁶³ Acerca de la selectividad del sistema penal en su aplicación, centrándose sólo parcialmente en determinados sujetos del círculo de posibles responsables, *Vid BARATTA, A., “Principios del..., ob. cit.*, págs. 312 y siguientes.

II. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL A EFECTOS DE DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA DEL DELITO CONTRA EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

1. El delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo como delito especial propio.

La mayor parte de los delitos previstos en el CP son **comunes**⁶⁴; es decir, que sus sujetos activos pueden ser cualquier persona, pues los correspondientes tipos no requieren ningún requisito especial para poder ser autores de la conducta incriminada. Estos tipos utilizan fundamentalmente la siguiente fórmula para referirse a los autores: “*El que...*”. Es el caso, por ejemplo, del delito de homicidio en el que el art. 138 CP preceptúa que: “*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”.

Sin embargo, el art. 316 CP utiliza una fórmula mucho más compleja, dirigiendo a normativa extrapenal para establecer la idoneidad para ser sujeto activo del tipo: “*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física...*”.

⁶⁴ En relación con los delitos especiales se pueden consultar las siguientes obras: MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª edic., Reppertor, Barcelona, 2011; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006; GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid, 2006; y ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo de la 6ª edic. alemana, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Esta fórmula de determinación de la autoría es aplicable en todos sus términos al art. 317 CP, que dispone que: “*Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado*”.

¿Y cuál es la **naturaleza jurídica** del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo? Es evidente que se trata de un delito especial, ya que sólo determinadas personas (los *intranei*) están legalmente obligadas a facilitar los medios para que los trabajadores acometan su trabajo con las medidas apropiadas de seguridad y salud: el empresario y sus delegados, como analizaremos más adelante. Por otro lado, dado que no se ha tipificado una modalidad común para este delito, se trata de un **delito especial propio**. En este sentido se ha pronunciado la gran mayoría de nuestra doctrina científica⁶⁵ y jurisprudencial⁶⁶.

Resulta **lógico** que se trate de un delito especial propio porque sólo el empresario -y en su caso sus delegados- ocupa una genuina posición de garante del bien jurídico protegido por el art. 316 CP, que según lo previamente indicado creo que no es otro que la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores.

El empresario posee un deber legal de protección de los trabajadores que se hallen bajo su ámbito de dominio, cuyo fundamento se encuentra en su decisión

⁶⁵ Así lo entienden AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, pág. 260; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, págs. 563 y siguientes; GARCÍA ARÁN., “Título XV. De los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 1310; LASCURAIN SÁNCHEZ, “La prevención penal de...”, *ob. cit.*, pág. 575; MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 403; y TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, *ob. cit.*, pág. 58.

⁶⁶ En este sentido podemos mencionar la STS Sala 2ª de 12-11-1998; y las SSAP de Vizcaya Secc. 1ª de 26-11-2002; Sevilla Secc. 1ª de 14-11-2003, León Secc. 3ª de 27-4-2005 y Burgos Secc. 1ª de 21-5-2009.

de inicio de una actividad generadora de riesgo (injerencia), de la que se lucra, y en el poder de dirección y organización que ostenta, pudiendo decidir con autonomía -dentro del marco legislativo aplicable- sobre las medidas de seguridad a adoptar para salvaguardar la seguridad y salud de dichos empleados. Cualquier otro sujeto fuera del ámbito de decisión empresarial carece de capacidad para decidir la implantación de las medidas preventivas necesarias para amparar a los trabajadores, por lo que es natural que sólo al empresario y a sus encargados se les pueda considerar autores del delito previsto en el art. 316 CP⁶⁷.

Pero el problema del delito que aquí se trata no radica en su condición de delito especial propio, sino en la vía de establecimiento de la autoría que utiliza, extremadamente compleja y ambigua, lo que conlleva en más ocasiones de las deseables a su errónea aplicación por los órganos judiciales penales.

En los siguientes apartados abordaremos el estudio de los criterios típicos para ser sujeto activo idóneo del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, así como su constitucionalidad.

⁶⁷ *Vid* sobre esta cuestión, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 263-264; y LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 234-277. Resulta también de gran interés DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 125 y siguientes; y FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Trad. Cuello Contreras, J., y Serrano González de Murillo, J.L., Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 407-420. Finalmente, cabe citar por su importancia dentro de la doctrina jurisprudencial a este respecto, la STS Sala 2ª de 23-4-1992, conocida como la Sentencia del “caso de la colza”, en la que se aborda la cuestión de la posición de garante de socios y empresarios.

2. Criterios típicos para adquirir la condición de sujeto activo idóneo del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

El **art. 316 CP** establece que:

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Del tenor de este precepto se concluye que sólo pueden ser sujetos activos (*intraneei*) del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo los que estén legalmente obligados por la normativa de prevención de riesgos laborales a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene⁶⁸ adecuadas para no situarlos en grave peligro. Por consiguiente, han de cumplirse **tres requisitos** para poder ser considerado autor idóneo de este delito:

- 1) **Estar “legalmente” obligado** por la normativa de prevención de riesgos laborales.

⁶⁸ El art. 316 CP utiliza este término, “*higiene*”, cuando se viene utilizando el de “*salud*” para complementar a la seguridad en el trabajo desde la promulgación de la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

- 2) Estar obligado a facilitar los “*medios*” precisos a los trabajadores para que acometan sus labores con las medidas de seguridad y salud previstas por esta misma normativa de prevención de riesgos laborales.
- 3) Los “*medios*” que “*legalmente*” deben ser facilitados deben ser aptos para proteger a los trabajadores de riesgos graves contra su vida, salud o integridad física.

Estos tres requisitos son plenamente aplicables a la modalidad imprudente del delito contra la seguridad y salud laboral, por lo que debe entenderse que todas las referencias que a continuación se efectúan al art. 316 CP resultan extensibles al art. 317 CP en donde se tipifica dicha modalidad imprudente.

2.1. “Estando legalmente obligado” por la normativa de prevención de riesgos laborales.

En cuanto al primer presupuesto, yendo más allá de lo ya apuntado por MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO⁶⁹, considero que se debe realizar una interpretación restrictiva del vocablo “*legalmente*” empleado por el tipo sancionador, de modo que sólo los obligados por **normas con rango de ley** podrán ser potenciales sujetos activos del delito que nos ocupa. Dos razones me conducen a esta interpretación:

⁶⁹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 404. También baraja esta opción AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 260-262. Sin embargo, en ambos casos parece tratarse más de un planteamiento de la cuestión que de su adopción definitiva, pues finalmente acaban admitiendo otras fuentes generadoras de obligaciones preventivas a estos efectos, como los convenios colectivos.

1.- La aplicación del **principio de legalidad** reconocido en el art. 25.1 CE, en su vertiente **material**⁷⁰, que proscribe en aras de la seguridad jurídica interpretaciones extensivas de las leyes penales⁷¹.

El derecho fundamental a la legalidad penal demanda una interpretación literal y coordinada del tipo en su conjunto. Si el legislador hubiese pretendido que cualquier norma de prevención de riesgos laborales, tanto de rango legal como infralegal, pudiese imponer los deberes de puesta a disposición de medios preventivos a los trabajadores a efectos de poder adquirir la idoneidad para ser autor del art. 316 CP, le hubiera bastado con la primera parte del precepto –“**los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales**”-, sin tener que añadir **inmediatamente a continuación “y estando legalmente obligados”**. Al agregar esta coletilla resulta a mi juicio evidente la voluntad del legislador de que la fuente del deber de protección esté constituida por una norma con rango de ley.

Por otra parte, una remisión a normas extrapenales “*in totum*” que admita, además de a las leyes ordinarias, también a las normas reglamentarias o, incluso, como defiende algún sector de la doctrina⁷², a

⁷⁰ Es doctrina reiterada del TC que el derecho fundamental a la legalidad penal comprende una doble garantía: una primera de carácter formal, que se refiere a su reserva de ley, y una segunda de orden material, que atañe fundamentalmente a la exigencia de taxatividad e irretroactividad (por todas, las SSTC 3/1988, de 21 enero; 127/1990, de 5 de julio; y 24/2004, de 24 febrero).

⁷¹ En este sentido, y entre otras, la STC 229/2007, de 5 de noviembre; así como el propio art. 4 CP, que exige una aplicación rigurosa de la ley penal, que, en cualquier caso, no podrá interpretarse extensivamente “*contra reo*”.

⁷² Existe un debate doctrinal al respecto: entre otros, a favor, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “*Delitos contra...*”, *ob. cit.*, págs. 350-355; y en contra, HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 122-123.

los convenios colectivos, entraña graves riesgos para la seguridad jurídica. El número de disposiciones reglamentarias sobre prevención de riesgos laborales, que se cuentan por varios cientos, y su excesiva dispersión y heterogeneidad, dificultan sobremanera la determinación de los autores idóneos de este delito, aconsejando su limitación a las normas con rango legal.

No obstante, debemos reconocer que es ésta una opinión absolutamente minoritaria, pues la práctica totalidad de la doctrina y los órganos **judiciales interpretan “legalmente” en un sentido amplio, comprendiendo tanto las leyes como las disposiciones reglamentarias**⁷³.

2.- La garantía formal derivada del **principio de legalidad penal** establece una reserva de ley (“*lex scripta*”) para el Derecho sancionador, cuyo fundamento último es la libertad de las personas y el cumplimiento del principio de división de poderes. Interpretado el art. 316 CP a la luz de este principio, sólo puede entenderse que normas extrapenales con rango de ley puedan completar el tipo penal en blanco que supone este precepto en sus aspectos esenciales, y entre ellos debe estar una cuestión tan relevante como la determinación del contenido básico del deber de seguridad a efectos de la fijación de los posibles autores del delito.

⁷³ Aunque esta postura se expresa en ocasiones de forma más tácita que expresa, cabe situar dentro de ella, entre otros, a HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 248-255; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Seis tesis sobre...”, *ob. cit.*, pág. 211; o VILLACAMPA ESTIARTE, y MORALES GARCÍA., “De los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 615. También es contraria a la tesis aquí sostenida la STS Sala 2ª de 26-7-2000, que incluye no sólo a la LPRL sino también “a todas las dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico”.

Incide en este argumento la exigencia constitucional, contemplada en el art. 53.3 CE, de que el núcleo fundamental del derecho-deber a la seguridad e higiene en el trabajo se regule por una ley ordinaria, siendo la función de los reglamentos meramente de desarrollo o ejecutiva⁷⁴.

Por consiguiente, entiendo que la obligación de facilitar los medios preventivos debe emanar sólo de leyes en sentido estricto a efectos de determinación de la autoría en el delito que nos ocupa, lo que, como veremos más adelante tendrá notables consecuencias a la hora de abordar el estudio de las posibles responsabilidades del **promotor** de obras de construcción y sus delegados. En cualquier caso, el círculo de posibles sujetos activos puede verse ampliado, como también abordaremos posteriormente, a través del mecanismo de la delegación.

Pero, ¿**cuáles** son las normas de rango legal que establecen deberes de protección de la seguridad y salud de los trabajadores? La principal es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), norma estatal de carácter básico⁷⁵ cuya Exposición de Motivos declara **que es el “pilar fundamental” en esta materia**. También cabe citar el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET a partir de ahora), norma fundamental en la regulación de las relaciones laborales que contiene

⁷⁴ El art. 53.3 CE preceptúa que: *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”*. Así lo ha confirmado la Jurisprudencia constitucional: *vid.*, entre otras, STC 73/2000, de 14 marzo.

⁷⁵ Así se declara por la Disposición Adicional Tercera de la LPRL.

algunas referencias al derecho-deber a la seguridad y salud en el trabajo⁷⁶. Y, por último, en el sector de la construcción es también de aplicación la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LSSC en adelante), que ***“tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular”*** (art. 1 LSSC).

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) cumple también formalmente con este requisito, al incluir dos preceptos (arts. 21 y 22) especialmente dedicados a la salud laboral. Si bien, estos artículos realmente no contienen más que principios genéricos de la política sanitaria en este ámbito, sin establecer obligaciones concretas en materia de prevención de riesgos laborales. Por lo tanto, no debe incluirse la LGS entre las leyes que colman el tipo penal en blanco previsto en el art. 316 CP.

En no pocos trabajos doctrinales⁷⁷ se cita asimismo, como Ley integradora del art. 316 CP, al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (a partir de ahora LISOS). No obstante, concuerdo plenamente con AGUADO al apreciar que esta Ley no afecta a la fijación de la autoría del delito ***contra la seguridad laboral, por cuanto su objeto “no es establecer los sujetos obligados, sino los sujetos responsables de la infracción administrativa. La LISOS es una norma de naturaleza sancionadora cuyo objeto no es regular las obligaciones de seguridad e higiene, sino las infracciones administrativas (con***

⁷⁶ **Vid** arts. 4. 2 d), 5 b), 13.2, 19, 36 aptdos. 1, 3 y 5, 64. 7 a) 2 y 84.

⁷⁷ Por ejemplo, en NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, “La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Actualidad Penal* n° 40, 2001.

*sus correspondientes sanciones) que deriven del incumplimiento de aquellas obligaciones*⁷⁸. Nada obsta, sin embargo, a su utilización con carácter interpretativo.

Finalmente, apuntar que a lo largo de la realización del presente trabajo se me ha planteado en alguna ocasión si la Ley de Ordenación de Edificación (LOE) no complementa el tipo del art. 316 CP. Bastaría una lectura del elenco de funciones de cada uno de los agentes regulados en la LOE para apreciar que ninguna de ellas se refiere a la seguridad y salud de los trabajadores, pero cualquier duda que pudiera permanecer tras la realización de este ejercicio debería quedar despejada con la dicción literal del apartado 2 del art. 1 “Objeto” de esta disposición legal: *“Las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica”*.

2.2. Estar obligado a “facilitar los medios” precisos a los trabajadores para que acometan sus labores con las medidas de seguridad y salud previstas por la normativa de prevención de riesgos laborales.

Con arreglo al tipo sancionador, los *intranei* serán los legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen sus labores con las medidas de seguridad y salud establecidas en la normativa de aplicación. De este modo, el elenco de posibles sujetos activos del delito contra

⁷⁸ AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, ob. cit., pág. 262.

la seguridad en el trabajo depende en gran medida de la concepción que se tenga de la conducta típica sancionada por el mismo y, en concreto, de la interpretación que se efectúe de la expresión “*facilitar los medios*”, cuestión en absoluta pacífica.

2.2.1. Interpretaciones en la doctrina científica y en la Jurisprudencia.

Efectivamente, tanto en la literatura científica sobre la materia como en la Jurisprudencia de aplicación se defienden concepciones bien distintas sobre el alcance jurídico-penal de la mencionada **locución** “*facilitar los medios*”.

Distinguiría tres líneas principales:

- a) **Interpretación restrictiva:** Los autores que respaldan esta interpretación sostienen que se debe entender por “*medios*” única y exclusivamente a los de carácter material, descartando a los inmateriales y a la vigilancia y control del uso de tales medios. Esgrimen sus valedores la necesidad de efectuar una lectura literal del precepto, en virtud del principio de legalidad, y de interpretarlo a la luz del principio de subsidiariedad, dejando las modalidades de ataque menos peligrosas para el bien jurídico protegido bajo la protección del Derecho administrativo sancionador.

Entre los medios materiales estarían los equipos de protección de individual, como cascos, arneses o calzado de seguridad, y los equipos y sistemas de protección colectiva, como redes, barandillas o tabloneros para la protección de huecos; mientras que en los de tipo inmaterial se

englobarían los deberes de formación e información a los trabajadores, así como los medios de carácter organizativo del trabajo, como la asignación de tareas adecuadas al estado psico-físico del operario y el establecimiento de ritmos u horarios de trabajo que no entrañen riesgos graves para los trabajadores.

Esta concepción es claramente minoritaria entre la doctrina⁷⁹ y la Jurisprudencia⁸⁰.

- b) **Interpretación intermedia:** Esta postura, con diversos fundamentos y matizaciones por parte de sus defensores, viene a estimar que estarían dentro del enunciado “*facilitar los medios*” tanto los materiales como los inmateriales. Sin embargo, los defensores de esta corriente excluyen del riesgo típicamente protegido la obligación de vigilancia del efectivo uso por parte de los trabajadores de los medios facilitados.

Las razones primordiales esgrimidas por estos autores se basan en una interpretación literal del precepto y en el hecho de que el antecedente del art. 316 CP en el anterior CP Texto Refundido de 1973, el art. 348 bis a), sancionaba a los que “*no exijan o facilitaren los medios o procuren las condiciones*”, mientras que el actual CP sólo mantiene la facilitación de medios, lo que estiman evidencia la voluntad del legislador de 1995 de limitar la conducta típica a la puesta a disposición de los medios

⁷⁹ Postulan esta tesis MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 779; así como NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, *La autoría...*, *ob. cit.*, pág. 978.

⁸⁰ Entre la escasísima Jurisprudencia que abraza esta postura podemos citar las SSAP de Burgos Secc. 1ª de 10-2-2005; y de Lugo Secc. 1ª de 29-9-2006.

preventivos a los trabajadores, excluyendo el posterior control de su utilización.

Esta interpretación, es minoritaria entre los Tribunales de Justicia, si bien, al igual que entre la doctrina⁸¹, donde ya es ligeramente mayoritaria, es creciente su arraigo⁸².

- c) **Interpretación extensiva:** Los partidarios de esta línea interpretativa consideran que se debe entender que dentro de la expresión “*facilitar los medios*” se hallan no sólo los materiales e inmateriales, sino también la ulterior vigilancia de su empleo por los trabajadores. En definitiva, los seguidores de esta línea interpretativa consideran sinónimas “*medios*” y las “*medidas de seguridad*” del art. 14.2 LPRL.

Es la posición adoptada mayoritariamente por la Jurisprudencia⁸³y, en menor medida, por la doctrina científica⁸⁴. Supone una interpretación

⁸¹ Se encuadran en esta línea interpretativa autores como CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA, y HORTAL IBARRA, “*Protección penal de...*, *ob. cit.*, pág. 50; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo...*, *ob. cit.*, pág. 87; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 189-194; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “*Seis tesis...*”, *ob. cit.*, pág. 50; MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “*Delitos contra...*, *ob. cit.*, págs. 383 y siguientes; OLAIZOLA NOGALES, I., “*Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos*”, *Indret*, Barcelona, Abril de 2010; y PAVÍA CARDEL, J., “*Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal*”, *La ley Penal*, 2005, págs. 29 y siguientes.

⁸² Siguen esta vía interpretativa las SSAP de Córdoba Secc. 3ª de 4-6-1998; de Barcelona Secc. 3ª de 25-6-1999; de Valencia Secc. 4ª de 18-5-2001; de Cantabria Secc. 4ª de 31-3-2004; de Jaén de 21-2-2005; de Tarragona Secc. 4ª de 13-3-2006; de Madrid Secc. 15ª de 30-5-2008; de Madrid Secc. 7ª de 24-6-2008; de Tarragona Secc. 2ª de 6-3-2009; y de Barcelona Secc. 7ª de 8-11-2010.

⁸³ Entre otras puedo citar la STS de 12-11-1998; y las SSAP de Castellón Secc. 3ª de 3-9-2002; Barcelona Secc. 10ª de 27-1-2003; Castellón Secc. 2ª de 28-1-2003; Cádiz Secc. 8ª de 20-3-2003; Toledo Secc. 1ª de 3-6-2003; Cantabria Secc. Madrid Secc. 23ª de 10-10-2007; y Vizcaya Secc. 2ª de 15-12-2008.

extensiva del tipo penal, motivada probablemente, como apunta HORTAL IBARRA⁸⁵, por razones de política-criminal que persiguen que no quede fuera de la protección del art. 316 CP una de las causas más habituales de siniestros laborales: la insuficiente vigilancia de los trabajadores para procurar que desempeñen su labor con las medidas preventivas adecuadas. Especialmente frecuente en el sector de la construcción, cuyo proceso productivo es de un extraordinario dinamismo y complejidad.

2. 2.2. Toma de postura.

A mi juicio la **interpretación “intermedia”** resulta la más correcta. Considero que la línea “*restrictiva*” limita excesivamente el sentido literal del tipo, al prescindir de los medios inmateriales cuando, encajando sin problemas en el significado literal de la voz “*medios*”⁸⁶, revisten una enorme importancia desde el punto de vista preventivo. Es evidente que de poco sirve dotar a los trabajadores de todos los equipos de protección individual y colectiva si no se les informa apropiadamente de los riesgos que amenazan su trabajo, se les forma

⁸⁴ Apoyan esta tesis AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, pág. 197; GARCÍA ARÁN, “Título XV. De los delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 1312 y 1313; TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad laboral...*, *ob. cit.*, págs. 87-88; y VILLACAMPA ESTIARTE y MORALES GARCÍA, “De los delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 620-621.

⁸⁵ Así se pronuncia en HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 184-194. También en este sentido, CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA, “Protección penal...”, *ob. cit.*, págs. 50-52.

⁸⁶ Sean materiales o inmateriales ambos son en cualquier caso medios. En un sentido gramatical, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se entiende por medio (undécima acepción): “*Cosa que puede servir para un determinado fin*”, y define este Diccionario la voz “cosa” como: “*Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta*”. Ofrecen este argumento MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 386.

acerca de cómo utilizar los referidos equipos para protegerse de estos peligros y se organiza debidamente su trabajo para permitir que los medios de protección puedan desplegar su eficacia.

Y, por lo que concierne a la interpretación “*extensiva*”, en mi opinión excede con claridad del sentido propio de las palabras empleadas por el legislador, de forma incompatible con el principio de legalidad penal. Lo que resulta aún más patente si las comparamos con las utilizadas en el antecedente del art. 316 CP en el anterior CP, el art. 348 bis a), pues parece francamente difícil que pueda tratarse de un descuido del legislador de 1995 el haber prescindido de las expresiones “*no exijan los medios o procuren las condiciones*”. Su desaparición en el tipo del actual CP no puede ser gratuita. Además, como señala OLAIZOLA⁸⁷, no se puede obviar que el desvalor de la acción es menor en caso de ausencia de vigilancia que en el de no facilitación de los medios materiales e inmateriales, por lo que está justificada su exclusión de la conducta típica. Finalmente, como apuntan CORCOY, CARDENAL y HORTAL IBARRA, la “*interpretación extensiva dificulta, más si cabe, la delimitación entre el delito contra la seguridad de los trabajadores y las infracciones administrativo-laborales en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 11-13 LISOS)*”⁸⁸.

Por lo tanto, considero que esta concepción extensiva, como hemos visto la más extendida en nuestros Tribunales, vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal, violando los principios de división de poderes y de seguridad jurídica. Es el legislador el legitimado a fijar el umbral de relevancia penal, no pudiendo los

⁸⁷ OLAIZOLA NOGALES, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 15.

⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA, “Protección penal de...”, *ob. cit.*, pág. 51.

representantes del poder judicial subsanar sus supuestos errores u olvidos, independientemente de cuáles pudieran ser las razones político-criminales que les guíen.

Como señalan MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, por encima de consideraciones político-criminales dirigidas a colmar posibles lagunas de punibilidad, debe primar la razón político-criminal de respetar el principio de legalidad⁸⁹. O en palabras del propio poder judicial: “...*tampoco resulta aceptable que la alarma social que vienen produciendo los accidentes laborales nos pueda conducir a olvidar los principios básicos, como son el de intervención mínima y subsidiariedad, del Derecho penal*” (SAP de Murcia de 19-6-2000).

2.3. Los “medios” deben ser “necesarios” para evitar riesgos graves para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

No todos los medios de prevención de riesgos laborales poseen relevancia penal, sino solamente aquéllos que resulten “necesarios” para salvaguardar a los trabajadores de peligros graves para su vida, salud o integridad física. Es ésta la principal línea divisoria entre los ilícitos administrativos y los penales.⁹⁰

⁸⁹ En este sentido se pronuncian, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 396-397.

⁹⁰ *Vid* a este respecto ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., “Art. 317 CP...”, *ob. cit.*; y GARCÍA ARÁN, “Título XV. De los delitos contra...”, *ob. cit.*,

Este presupuesto es de interés para prescindir de algunas medidas de carácter formal cuyo incumplimiento nunca puede provocar directamente un riesgo grave y concreto para la seguridad y salud de los trabajadores, aunque resulten exigidas por la normativa de prevención de riesgos laborales.

En este sentido se expresa la SAP de Madrid Secc. 17ª de 6-10-2003: *“los medios negados a los trabajadores han de ser los necesarios para que éstos desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”*.

Y, de conformidad con las normas de aplicación, ¿qué “medios” son “necesarios” para proteger a los trabajadores de los riesgos graves que amenacen su vida, salud o integridad física? Los autores que han investigado sobre este delito, con la excepción de HORTAL IBARRA, apenas han realizado un estudio detallado de esta cuestión; si bien, a mi juicio, son los a continuación relacionados:

1.- La planificación de la actividad preventiva: Tanto de la actividad general de cada empresa (art. 16 LPRL), lo que tras la correspondiente evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, se plasmará en su Plan de Prevención de Riesgos Laborales (PPRL); como de las concretas obras de construcción (arts. 5, 6 y 7 RD 1627/1997 en relación con el 16 LPRL), dando lugar los Planes de Seguridad y Salud en el Trabajo (PSST) de cada contratista, en desarrollo y adaptación del Estudio o Estudio Básico de Seguridad y Salud (ESS).

En el ámbito del Derecho penal, lo relevante es el cumplimiento material de esta obligación, más que el formal. De modo que la inobservancia del deber de documentar la planificación de la actividad preventiva no supone por sí sola una infracción de la conducta típica si no se prueba que, efectivamente, existe

omisión o escasez de planificación material y ésta ha puesto en grave peligro a la seguridad y salud de los trabajadores.

Coincido con HORTAL IBARRA⁹¹ al apreciar que, aunque no es frecuente que por la mera inobservancia de esta obligación se pueda imputar responsabilidad penal⁹², la evaluación y planificación constituyen el presupuesto de partida indispensable para otorgar una protección eficaz al trabajador, por lo que sin ellos es muy probable que no se proporcionen las medidas de prevención de riesgos laborales adecuadas.

2.- La organización de la actividad preventiva: Las empresas pueden organizar el desarrollo de sus actividades preventivas, en función de sus particulares características, con arreglo a alguna de las modalidades siguientes (arts. 30 LPRL y 10 y siguientes del Reglamento de los Servicios de Prevención, en adelante RSP): a) asumiendo personalmente la actividad; b) designando a uno o varios trabajadores; c) constituyendo un servicio de prevención propio; d) recurriendo a uno o varios servicios de prevención ajenos. Al igual que sucede con el deber de planificación, el quebrantamiento de la obligación de disponer de una organización preventiva apropiada es un requisito previo y básico a partir del cual se facilitarán el resto de medios preventivos a los trabajadores. De modo que, aunque no supondrá nunca la causa más directa de un siniestro, sí puede ser su motivo último y es susceptible de ser objetivamente imputable

⁹¹ HORTAL IBARRA, *Protección penal...., ob. cit.*, pág. 167.

⁹² Entre las escasas resoluciones judiciales que fundamentan una condena penal en el incumplimiento de estas obligaciones, y entre otras infracciones preventivas, podemos citar las SSAP de Guipúzcoa Secc. 1ª de 13-12-2001; Guadalajara de 17-1-de 2003; Castellón Secc. 2ª de 28-1-2003; Sevilla Secc. 7ª de 22-9-2005; Sevilla Secc. 3ª de 12-3-2004; de Cantabria Secc. 4ª de 31-3-2004; de Cádiz Secc. 4ª 3-6-2005, de Madrid Secc. 2ª de 20-7-2006; y de Madrid Secc. 7ª de 22-10-2010.

una situación de riesgo grave para los trabajadores a la ausencia o insuficiencia o inadecuación de la organización preventiva de la empresa. Consecuentemente, **debe ser considerado como un “medio necesario” a efectos del art. 316 CP;** criterio que encuentra apoyo en algunas resoluciones judiciales⁹³.

Asimismo, en determinados casos, el legislador⁹⁴ ha previsto la necesaria presencia de **los denominados “recursos preventivos”, personal** de las empresas cuya función es vigilar el cumplimiento del sistema preventivo y el control de su eficacia. Sin embargo, según lo previamente expuesto, la falta de vigilancia no puede considerarse integrada en la obligación de facilitar medios que recoge el art. 316 CP, por lo que el incumplimiento de designar recursos preventivos por parte de la empresa no puede tener relevancia penal a efectos de este delito, aunque sí puede tenerla para los de resultado, que no siguen las mismos criterios estrictos para la fijación de la autoría. Esto podría explicar la ausencia de condenas penal sustentadas en el incumplimiento de una adecuada presencia **de los “recursos preventivos”, sino fuera porque** la mayoría de los Tribunales, según hemos visto, manejan una concepción amplia del término “medios”, lo que causa no poca perplejidad.

3.- La facilitación a los trabajadores de los equipos de trabajo y medios de protección adecuados: El empresario debe adoptar las medidas necesarias para que los equipos sean adecuados para el trabajo que deba

⁹³ Aunque son muy pocas, podemos citar la SAP de Barcelona Secc. 10ª de 20-2-2001 o el AAP de Valencia de 3-6-2002.

⁹⁴ Esta figura se introduce en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 54/2003, por la que se reformó, además de la LISOS, la LPRL. Su regulación se recoge, con carácter general, en el art. 32 bis LPRL y, de modo específico para las obras de construcción, en su nueva Disposición Adicional Decimocuarta.

realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, y sean empleados por trabajadores capacitados para ello, garantizando así su seguridad y salud al utilizarlos. La no facilitación de este medio, previsto en el art. 17 LPRL, es la causa más común de imputaciones penales, por razones obvias: mayor facilidad en su prueba; relación de causalidad directa entre su ausencia y la situación de peligro, al ser con frecuencia el medio preventivo último, ya que los demás **(planificación, información, formación...)** suelen estar encaminados al adecuado uso de estos equipos, etc.⁹⁵.

Cabe comentar que en el sector de la construcción es sorprendente la profusión de normas de aplicación para los distintos equipos y medios de protección, derivadas de Decretos, Órdenes, Instrucciones Técnicas e, incluso, fruto de la negociación colectiva, **lo que cuestiona la idoneidad de la remisión “*in totum*”** del tipo aquí se analiza⁹⁶. Destacamos, por su especial relevancia y su generalidad, las siguientes normas: 1) El Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo; y 2) El Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual; 3) En caso de que aceptemos la validez de la negociación colectiva

⁹⁵ Entre muchas otras, podemos citar las SSAP de Toledo, Secc. 1ª, de 3-6-2003; de Alicante Secc. 2ª de 27-9-2005; y de Tarragona Secc. 2ª de 15-6-2007.

⁹⁶ Muestra su preocupación por la disgregación y amplitud de las disposiciones extrapenales de **complemento del art. 316 CP MORILLAS CUEVAS, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Derecho penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 653.**

para colmar el tipo penal en blanco que es el art. 316 CP, el IV Convenio General del Sector de la Construcción, Título IV (arts. 171 a 240).

4.- La información a los trabajadores: Los empresarios deben garantizar que los trabajadores reciban una información adecuada de los riesgos existentes para la seguridad y salud laboral, así como de todas las medidas que hayan de adoptarse para su prevención. La información sobre los riesgos comprenderá, tanto aquéllos que afecten a la empresa en su conjunto, como a cada tipo de puesto de trabajo o función; así como las medidas en caso de situación de emergencia (art. 18.1 LPRL).

Existe un número significativo de condenas penales fundamentadas en la contravención de este mandato⁹⁷, lo que resulta fácilmente comprensible porque de poco vale que a un trabajador se le entregue un cinturón de seguridad si no se le informa de cuándo y cómo debe usarlo.

5.- La formación preventiva: Es éste uno de los más importantes deberes de las contratas en materia preventiva, formando parte esencial del deber de protección empresarial (arts. 5.2, 14 y 19 LPRL y 4. 2 a) LSSC). Su finalidad es promover la cultura preventiva entre los trabajadores, así como facilitarles los conocimientos, aptitudes y destrezas que les permitan identificar los riesgos de su trabajo y conocer las medidas más adecuadas para hacerles frente.

De este modo, el contratista deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración

⁹⁷ En este sentido, la STS (Sala 2ª) de 12-11-1998 y las SSAP de Barcelona Secc. 6ª de 14-11-2005; de Alicante Secc. 7ª de 17-10-2007; y de Burgos Secc. 1ª de 8-1-2008.

de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario (art. 19.1 LPRL).

De conformidad con su importancia, no son pocas las imputaciones penales que descansan en su contravención⁹⁸.

6.- La vigilancia de la salud de los trabajadores: Esta obligación (art. 22 LPRL) resulta de gran relevancia para conocer el estado psico-físico de los trabajadores y poder encomendarles el puesto de trabajo más idóneo con arreglo al mismo o adoptar medidas preventivas de enfermedades profesionales, por lo que es un medio apto para colmar el tipo penal en blanco establecido en el art. 316 CP.

Así se ha entendido por los Tribunales de Justicia, pues se han dictado varias condenas penales basadas en la vulneración de este deber⁹⁹. También la doctrina admite mayoritariamente la idoneidad de esta medida preventiva para fundamentar la imputación de un delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral¹⁰⁰.

⁹⁸ Entre otras, las SSAP Barcelona Secc. 6ª de 14-11-2005; de Tarragona Secc. 2ª de 15-6-2007; de Madrid Secc. 17ª de 11-2-2008; y de Granada Secc. 2ª de 23-7-2010.

⁹⁹ Por ejemplo, las SSAP de Cádiz Secc. 1ª de 30-5-2000; o de Lugo Secc. 2ª de 10-2-2006.

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 179; o MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, *“Delitos contra...”*, *ob. cit.*, pág. 387.

7.- El cumplimiento de las obligaciones en materia de

subcontratación: Uno de los fenómenos más característicos de la actividad constructiva es la concurrencia de múltiples sujetos en un mismo centro de trabajo: empresas (promotores, contratas, subcontratas, etc.) y trabajadores autónomos, cada uno de ellos con sus respectivos empleados, además de los técnicos componentes de la dirección facultativa, técnicos de los organismos de control técnico de la aseguradora o suministradores de materiales. Esta concurrencia de sujetos entraña evidentes riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, al dificultar extraordinariamente la actividad preventiva.

De este modo, la obligación general de coordinación de actividades empresariales contenida en el art. 24 LPRL adquiere una especial significación e importancia en este sector; lo que condujo, en primer lugar, a la conveniencia de aportar un desarrollo reglamentario específico a través de determinados preceptos del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el art. 24 LPRL (RD 171/2004), en el que se regulan los deberes de información, impartición de instrucciones y vigilancia de los contratistas principales respecto de sus subcontratistas y trabajadores autónomos. Y, en segundo lugar, a la promulgación de la LSSC, en la que también se ordenan las relaciones entre contratas, subcontratas y trabajadores autónomos, entre los que destacan los límites a la subcontratación que en general no pueden ir más allá del tercer nivel (art. 5 LSSC) y los deberes de vigilancia sobre los contratados (art. 7 LSSC).

La realidad diaria de las obras de construcción acredita que las amenazas derivadas de la concurrencia simultánea o sucesiva de empresas y/o trabajadores autónomos revisten gravedad suficiente como para que el incumplimiento de los citados preceptos puedan ser aptos para integrar el tipo penal en blanco del art. 316 CP.

Por otra parte, la legislación en materia de prevención de riesgos laborales contiene otros deberes específicos de protección que **no deben considerarse aptos** para basar la imputación de un delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Son los siguientes:

1.-La obligación de consulta y participación de los trabajadores: No debe considerarse que los deberes de consulta y participación de los trabajadores (art. 18.2 y 16 RD 1627/1997) posean relevancia típica, por ser más **que dudoso que puedan estimarse “medios”** como demanda el tipo y, en cualquier caso, porque se antoja francamente difícil que su incumplimiento pueda provocar un peligro grave para la vida, seguridad o salud de los trabajadores. La ausencia de sentencias condenatorias basadas en el incumplimiento de este deber parece apoyar este criterio. También se puede interpretar en este sentido el silencio de la doctrina al respecto.

2.- La paralización de tajos en situaciones de riesgo grave e inminente: Cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, el empresario debe adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo, informando de todo ello a los trabajadores afectados (art. 21 LPRL). Ante los mencionados riesgos, el art. 14 RD 1627/1997 faculta, asimismo, a coordinadores de seguridad y salud durante la ejecución de la obra y miembros de la dirección facultativa a paralizar la obra o los tajos que estuviesen afectados. También los representantes de los trabajadores y los Inspectores de Trabajo pueden requerir dicha paralización de la actividad.

Pese a su indudable valor preventivo, concuerdo con LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁰¹ al entender que su inclusión dentro de la conducta típica del art. 316 CP resulta contraria al principio de legalidad, al superar el tenor literal del precepto que se refiere a “*facilitar medios*”: ni el verbo empleado por el tipo se compadece con la acción de paralización, ni ésta puede ser considerada un medio para la actividad de los trabajadores cuando, justamente, lo que hace es suspenderla.

Por otra parte, con arreglo al tipo sancionador, la infracción de un deber preventivo debe provocar un riesgo grave para los trabajadores; es decir, primero debe vulnerarse una medida de seguridad (*la causa*) y, después, ésta debe originar un peligro grave (*la consecuencia*). Sin embargo, si se produce un riesgo grave e inminente éste será el resultado típico, pero no la conducta típica realizada por el autor que, en su caso, ha de ser previa en este delito a dicho resultado. Consiguientemente, esta circunstancia podrá poseer relevancia para los delitos de resultado, pero no para la infracción de peligro prevista en el art. 316 CP.

3.- El deber de documentar la actividad preventiva: Forma parte también de la deuda de protección de la seguridad y salud laboral de todo empresario elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral, y en su caso sanitaria, la documentación relativa a sus obligaciones en materia preventiva.

¹⁰¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Seis tesis...”, *ob. cit.*, pág. 211, aunque su última obra sobre esta materia despierta dudas sobre su actual postura a este respecto: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, MOLINA FERÁNDIZ, F. (Coord.), Madrid, 2011. También se muestran contrarios a considerar el deber de paralización como “medio” ex art. 316 CP, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pág. 335, en relación con los Inspectores de Trabajo; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 193; y OLAIZOLA NOGALES, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 21. A favor, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, *ob. cit.*, págs. 76 y siguientes.

Así se desprende, de modo general, del art. 23 LPRL, que relaciona la siguiente documentación: a) el PPRL; b) la evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo; c) la planificación de la actividad preventiva; d) la práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores; e) la relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo, sin perjuicio de su deber de notificación a la autoridad laboral.

Y, en el marco del RD 1627/1997, la obligación de comunicación de apertura del centro de trabajo que deben presentar los contratistas a la autoridad laboral competente antes del comienzo de los trabajos, incluyendo el plan de seguridad y salud (art. 19.1). Mientras que, finalmente, los arts. 6 y 8 LSSC imponen la necesidad de contar con un Libro de Subcontrataciones y de inscripción en el Registros de Empresas Acreditadas (REA).

No obstante, el incumplimiento de estos requisitos formales no tiene relevancia típica a efectos del art. 316 CP, por no ser aptos por sí mismos para provocar un riesgo grave para la vida, la seguridad o la salud de los trabajadores¹⁰². Aunque no es despreciable el valor probatorio que pueden poseer, pues su infracción puede ser un indicio de que no se proporcionan las medidas de seguridad laboral exigibles.

¹⁰² Por eso sorprende la SAP de Valladolid Secc. 4ª de 27-10-2009, en cuanto fundamenta en parte su condena a un contratista por *“el retraso en ponerse en conocimiento de la Autoridad Laboral, tanto la apertura del Centro de Trabajo como el hecho mismo del accidente, dada la trascendencia que tales hechos tienen para evitar el control por parte de la Administración de las condiciones en que se desarrollan las labores y las concretas condiciones en que se desarrollaba la labor en el momento en el que el accidente tuvo lugar”*.

4.- La infracción de los límites en la contratación de trabajadores:

Una de las principales novedades de la LSSC ha sido la exigencia de unos porcentajes mínimos de contratación por tiempo indefinido en las plantillas de las empresas contratistas y subcontratistas¹⁰³. Es indiscutible, a la luz de los datos estadísticos oficiales, que los índices de temporalidad del sector de la construcción son excesivos, siendo muy superiores a otros sectores productivos de nuestro país –más del 10% según datos del INE-, así como a los índices del sector en el resto de países de la UE 25 –alrededor del 20% más según Eurostat-. Y pueden apuntarse poderosas razones sociales y económicas para fomentar la contratación laboral indefinida, pero no la seguridad y salud de los trabajadores.

Aunque pueda parecer extraño, las estadísticas oficiales revelan, año tras año, al menos desde 1998 y hasta 2009, que tanto en los accidentes en el puesto de trabajo como *in itinere* los porcentajes de siniestralidad son mayores entre los trabajadores con contrato indefinido¹⁰⁴. Sin embargo, el legislador ha dado por sentado que la temporalidad tiene un efecto pernicioso en la siniestralidad laboral y ha procedido a través del art. 4.4 LSSC a ponerle freno. Pero el hecho objetivo es que el uso excesivo de la contratación temporal no causa un riesgo grave para la vida, la seguridad o la salud de los trabajadores, por lo que la infracción del art. 4 LSSC no puede dar lugar a un injusto penal vía art. 316 CP.

¹⁰³ La propia Exposición de Motivos de la LSSC especifica que uno de sus objetivos es “*la calidad del empleo precisando unas mínimas condiciones de estabilidad en el conjunto de la empresa*”, como una de la “*serie de garantías (establecidas en la LSSC) dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores*”.

¹⁰⁴ Así se recoge en la página web del Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=d57f5bd494fff110VgnVCM1000000705350aRCRD&vgnnextchannel=6ff05c9847273110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

3. Constitucionalidad de la fórmula de determinación de la autoría empleada por el art. 316 CP.

El TC ha sentado en reiterada Jurisprudencia¹⁰⁵ que el derecho fundamental a la legalidad penal (consagrado en el art. 25.1 CE)¹⁰⁶ comprende una doble garantía: una primera de carácter formal, que se refiere a su reserva de Ley, y una segunda de orden material, que atañe fundamentalmente a la exigencia de taxatividad.

En mi opinión ambas garantías resultan vulneradas por el tipo del art. 316 CP, lo que pretendo argumentar seguidamente. Estas infracciones del principio de legalidad penal revisten no poca importancia, puesto que actualmente la aplicación del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es una de las causas más frecuentes de imputación en el ámbito del Derecho penal económico empresarial.

Por todo ello, y como atinadamente apunta LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁰⁷, la denuncia de la vulneración del principio de legalidad alberga no sólo un interés político-criminal sobre cómo “*debería ser*” el tipo, sino que afecta asimismo al “*ser*” del mismo; en la medida en que dicha denuncia debe servir de **pauta interpretativa** para restringir en lo posible la autoría en este delito, lo que

¹⁰⁵ Entre otras, cabe citar las SSTC 42/1987, de 7 de abril; 3/1988, de 21 de enero; 127/1990, de 5 de julio; o 118/1992, de 16 de septiembre.

¹⁰⁶ El art. 25.1 CE preceptúa que: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

¹⁰⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Seis tesis...”, *ob. cit.*, págs. 204-205.

parece especialmente justificado si tenemos en cuenta que se trata de un delito de peligro y a fin de evitar una excesiva expansión del Derecho penal¹⁰⁸.

3. 1. Sobre el cumplimiento de la garantía formal del principio de legalidad penal.

3. 1.1. La reserva de ley en materia penal y las normas penales en blanco.

El art. 316 CP envía a la normativa de prevención de riesgos laborales para esclarecer el círculo de posibles sujetos activos del delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral, constituyendo por tanto una **norma penal en blanco**¹⁰⁹. Trataré de argumentar por qué no resulta justificado el empleo de una norma penal en blanco para determinar los autores idóneos de este delito.

Esta técnica remisiva reviste una gran singularidad, pues lo habitual es que el envío a la normativa extrapenal recaiga sobre parte de la conducta típica; sin embargo, el delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral es uno de los escasos tipos de nuestro CP que precisa ser colmado con otros textos normativos para su integración en lo que al establecimiento de las condiciones de la autoría se refiere, además de en lo concerniente a la acción merecedora de

¹⁰⁸ *Vid* a este respecto la reputada obra de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión..., ob. cit.*, 2001.

¹⁰⁹ Así lo entiende la mayoría de la doctrina; por ejemplo y entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra..., ob. cit.*, págs. 615-620; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Seis tesis...”, *ob. cit.*, págs. 204-205; y HORTAL IBARRA, *Protección penal..., ob. cit.*, pág. 249; y también la Jurisprudencia, por ejemplo, las SSTS Sala 2ª de 26-7-2000 y de 29-7-2002. AGUADO LÓPEZ, *El delito..., ob. cit.*, págs. 254-258, considera, en cambio, que se trata de un elemento normativo de carácter interpretativo.

reproche penal. La remisión “*in totum*” a normas extrapenales para poder conocer los sujetos activos idóneos de un delito es excepcional en nuestro ordenamiento penal que, más habitualmente, utiliza conceptos normativos como “*autoridad*”, “*funcionario público*”, “*administradores*”, “*socios*”, “*promotor*”, “*constructor*”, “*técnicos directores*”..., figuras legalmente definidas por normativa ajena al Derecho penal, por lo que resulta más sencilla su determinación.

Es bien sabido que el empleo de las normas penales en blanco ha suscitado un amplio debate entre la doctrina, por suponer una restricción al derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Cabe recordar que, tanto la doctrina¹¹⁰ como el TC¹¹¹, han señalado como fundamento de este derecho: a) el respeto al principio de división de poderes propio del Estado Democrático de Derecho; b) la libertad de las personas ante un posible ejercicio arbitrario e indiscriminado del *ius puniendi* por el Estado; y c) la seguridad jurídica, a fin de que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

Sin embargo, la mayor parte de la dogmática¹¹² acepta la utilización de esta técnica legislativa en aquellos casos en que esté justificado, y siempre y cuando

¹¹⁰ En este sentido, por ejemplo, HUERTA TOCILDO, S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, n° 39, Sept.-Dic. 1993, págs. 83-85.

¹¹¹ *Vid* las SSTC 53/1994, de 24 de febrero; y 283/2006, de 9 de octubre, entre otras.

¹¹² *Vid* DOVAL PAIS, A. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999, págs. 140-157; GERPE LANDÍN, M., “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991, n° 3, págs. 695-696; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, págs. 108-109; GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios*

se efectúe de forma compatible con el referido principio de legalidad. Generalmente se admite en materias vinculadas a sectores muy dinámicos del ordenamiento jurídico y condicionadas por circunstancias histórico-sociales (por ejemplo, la sanidad, el orden económico o los derechos laborales, etc.) o en ámbitos de elevado tecnicismo (como podría ser el caso de la genética, el urbanismo o la energía nuclear, etc.), por cuanto sería muy difícil que la ley penal pudiese describir con el suficiente grado de precisión (taxatividad) las conductas prohibidas, y si lo pretendiese sería imposible que se adaptase con la agilidad necesaria a los continuos cambios que afectan a tales materias¹¹³.

Coincidiendo con esta opinión mayoritaria de la doctrina, el TC ha admitido, a través de una ya consolidada Jurisprudencia¹¹⁴, la constitucionalidad de las normas penales en blanco, si se cumplen los siguientes **requisitos**:

- 1º) que su uso esté justificado por dificultades de regulación del bien jurídico protegido;
- 2º) que en la ley penal se contenga tanto la remisión expresa a las normas extrapenales como el núcleo básico del supuesto de hecho prohibido;
- 3º) que la pena esté completamente prevista en ley penal.

Penales y Criminológicos, XVI, Santiago de Compostela, 1993, págs. 63 y siguientes; y SANTANA VEGA, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 212 y siguientes.

¹¹³ *Vid* DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites...*, *ob. cit.*, pág. 111.

¹¹⁴ Por todas, las SSTC 122/1987, de 14 de julio; 127/1990, de 5 de julio; 62/1994, de 28 de febrero; y 34/2005, de 17 de febrero.

3. 1.2. Acerca del cumplimiento de los requisitos exigidos por el TC por parte del art. 316 CP.

Parece claro que los dos últimos requisitos establecidos por el máximo intérprete constitucional se cumplen por el art. 316 CP. Pero, ¿se cumple el primero?, ¿está justificado el envío a la normativa extrapenal para la determinación de la autoría por razones de dificultad de regulación del bien jurídico protegido? En mi opinión, y siguiendo en la argumentación a LASCURAÍN SÁNCHEZ, no¹¹⁵.

Es defendible que las medidas preventivas a adoptar en protección de los trabajadores puedan variar periódicamente, debido a la innovación y desarrollo en este ámbito o a que vayan calando nuevos estándares de exigencia en la sociedad, lo que fundamenta el uso de la norma penal en blanco en lo que respecta a la conducta. Sin embargo, no es verosímil que los sujetos obligados a proteger a los trabajadores puedan cambiar con una cierta frecuencia que requiera su regulación por vía reglamentaria.

También resulta muy razonable dirigirse a la normativa extrapenal para conocer cuáles son las medidas de prevención de riesgos laborales que habrán de articularse para defender la vida, la seguridad y la salud de los trabajadores, puesto que sería prácticamente imposible que todas ellas se contuviesen con el adecuado nivel de concreción y taxatividad en el tipo penal. Pero esto no ocurre

¹¹⁵ Defienden este criterio AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 270-277; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, “Art. 317 CP...”, *ob. cit.*, pág. 813; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección...*, *ob. cit.*, págs. 292-299, y “Seis tesis...”, *ob. cit.*, págs. 204-208; y PÉREZ MANZANO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 296. Proclaman, sin embargo, la conformidad de la fórmula típica con el principio de legalidad penal BOIX REIG y ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre...”, *ob. cit.*, págs. 65-66; y HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 249.

con la fijación de los sujetos activos del delito. Una buena prueba de ello la encontramos en el art. 318 CP, precepto que –aunque de forma desafortunada y discutible razón de ser- pretende precisamente determinar la autoría del delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral cuando los hechos son realizados en el marco de personas jurídicas. Si el legislador penal ha podido establecer los sujetos activos cuanto intervengan personas jurídicas, ¿por qué no va a poder efectuarlo cuando los hechos se realicen al margen de ellas?

Acreditan igualmente la innecesariedad de la fórmula típica las sencillas propuestas que, **“de lege ferenda”**, formulan desde la doctrina autores como LASCURAÍN SÁNCHEZ¹¹⁶ o AGUADO¹¹⁷, aportando sin duda una mayor taxatividad, y por tanto seguridad jurídica. En concreto me decanto por la sugerencia del primero de los autores citados, que propone fijar la autoría del siguiente modo: **“el empresario que...”**, pudiéndose completar mediante los arts. 31 y 318 CP en los casos de representación y delegación de funciones.

3. 1.3. Conclusiones.

En virtud de lo expuesto, considero que el tipo del art. 316 CP no cumple con los requisitos exigidos por el máximo intérprete constitucional para el empleo de normas penales en blanco, vulnerando el principio de legalidad penal.

¹¹⁶ Vid LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, ob. cit., págs. 292-297, donde plantea que, o bien se utilice la fórmula **“el empresario o el encargado de éste...”** bien **“el empresario...”** combinado con un precepto de la parte general que especifique los requisitos de la responsabilidad del representante.

¹¹⁷ AGUADO LÓPEZ en *El delito contra...*, ob. cit., págs. 270-277, muestra su conformidad con la propuesta efectuada por LASCURAÍN, si bien manifiesta su preferencia por la siguiente fórmula: **“Quienes, por haber asumido o haberles sido confiada, la realización de una actividad laboral con mando sobre otros y con función general de vigilancia y cuidado...”**.

La concreción del autor en el tipo no sólo otorgaría una mayor seguridad jurídica, evitando la actual ambigüedad, sino que proporcionaría una mayor legitimidad democrática al delito, si fuese el legislador orgánico quien lo fijase. Pues no hay que olvidar que, aunque en el presente trabajo se propugna que la remisión a las normas extrapenales se limite a las normas con rango de ley, de hecho los Tribunales la extienden a cualquier disposición reglamentaria.

3. 2. Sobre el cumplimiento de la garantía material del principio de legalidad penal.

3.2.1. El principio de taxatividad.

El principio de taxatividad¹¹⁸ supone que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras deban describir con suficiente precisión y claridad qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas, a fin de proteger la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del Derecho.

Según el **TC**, en virtud del principio de taxatividad *“han de configurarse las Leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica”* (STC 62/1982, de 15 de octubre). Afirmar también el Alto Tribunal que *“el principio de legalidad en el ámbito sancionador estatal implica que (...) la Ley describa un supuesto de hecho*

¹¹⁸ Vid FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002. También SANTANA VEGA, *La protección penal...*, ob. cit., pág. 216; ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a...*, ob. cit., págs. 58-61; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edic. Experiencia, El Masnou, 2010, págs. 52-56.

estrictamente determinado (lex certa)” (STC 133/1987, de 21 de julio). Y que la Ley debe definir *“con la mayor precisión la acción prohibida”* (STC 196/1991, de 17 de octubre). Añadiendo que las normas penales *“deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre”* (STC 34/1996, de 11 de marzo); de modo que *“la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción”* (STC 25/2002, de 11 de febrero).

Especial interés para el objeto del presente trabajo presenta la **STC 122/1987, de 14 de julio**, por cuanto mantiene que, para que las Leyes penales en blanco respeten el principio de legalidad, *“es necesario que las normas integradoras del tipo determinado por la Ley tengan a su vez suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada”*.

Igualmente relevante para la cuestión aquí estudiada resulta la **STC 142/1999, de 22 de julio**, cuando dice: *“El principio de legalidad penal es conciliable tanto con la incorporación al tipo de elementos normativos (SSTC 127/1990, 111/1993, 53/1994 y 24/1996), como con la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas Leyes penales en blanco (SSTC 122/1987, 127/1990, 111/1993 y 24/1996). En uno y otro caso, para completar exhaustivamente el tipo penal, es preciso acudir a normas extrapenales, que —como recuerda la STC 120/1998— se integran de ese modo en la definición del delito o falta. Pues bien, respecto a la norma remitida, y en cuanto forma parte de la norma penal remitente, hemos afirmado que también rige la exigencia de certeza y de delimitación precisa (STC 341/1993, FJ 10º A), de modo que el Juez del orden penal tampoco pueda interpretar extensivamente ni aplicar analógicamente los elementos típicos que se contengan en las normas extrapenales remitidas, pues si lo hiciera incurriría en una infracción del art. 25.1 CE”*.

Admite, sin embargo, el TC, el uso de elementos normativos o valorativos o de conceptos jurídicos indeterminados por la Ley penal, y que ésta deje un cierto margen de apreciación al Juez; *“siempre y cuando su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y puedan, por consiguiente, preverse con la suficiente seguridad las características esenciales de la infracción tipificada”* (STC 69/1989, de 20 de abril), y siempre que la aplicación o inaplicación de estos tipos no *“dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra de los Jueces y Tribunales”* (STC 127/1990, de 5 de julio)¹¹⁹. También desde la doctrina¹²⁰, no obstante propugnarse la máxima taxatividad posible del derecho sancionador, se advierte de los peligros de infrainclusión y anquilosamiento del Derecho que se pueden derivar de una precisión excesiva.

El mandato de taxatividad rige asimismo en el contexto del **Convenio de Roma de 1950** de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)¹²¹, que ha determinado que forma parte de su art. 7 la exigencia de precisión de las normas sancionadoras, a fin de que los ciudadanos puedan prever -con asesoramiento jurídico, si es necesario- las consecuencias que

¹¹⁹ A estos efectos véanse también las SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 71/1982, de 30 de noviembre; 159/1986, de 16 de diciembre; 207/1990, de 17 de diciembre; 116/1993, de 29 de marzo; o 151/1997, de 29 de septiembre.

¹²⁰ Por todos, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad...*, *ob. cit.*, págs. 16 y siguientes.

¹²¹ En este sentido, y entre otras, la STEDH caso Sunday Times, de 26 de abril de 1979. *Vid* FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad...*, *ob. cit.*, págs. 23-24. Igualmente, HUERTA TOCILDO, S. “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en *La Europa de los Derechos*, (GARCÍA ROCA y SANTOLAYA MACHETTI Dirs.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edic., Madrid, 2009, ap. 6º.

pueden derivarse de sus acciones.

3.2. 2. Contraste entre el RD 1627/1997 y la Jurisprudencia del TC en materia de taxatividad.

El RD 1627/1997 utiliza no pocos términos vagos y genéricos a lo largo de su articulado. Por ejemplo, en los diferentes artículos en que se regulan las obligaciones de los agentes intervinientes en las obras de construcción se incluye una expresa mención a su deber de tomar en consideración los principios generales de prevención en materia de seguridad y de salud previstos en el art. 15 LPRL, cuya mera lectura evidencia su imprecisión y excesiva extensión para ser aplicado como una norma penal. Estos artículos son el 8 (que regula al proyectista de obra), el 9 (sobre el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra), el 10 (en el que se relacionan las actividades durante la ejecución de la obra en que habrán de tenerse en cuenta los principios generales del art. 15 LPRL), el 11 (en relación con los contratistas y subcontratistas) y el 12 (sobre los trabajadores autónomos). Por otra parte, del resto de apartados en los que supuestamente se especifican las obligaciones de estos agentes, varios de ellos se limitan a indicar su obvio deber de cumplir con la normativa en materia de prevención de riesgos laborales¹²².

También el Anexo IV del RD 1627/1997, en el que se prevén *Disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deberán aplicarse en las obras*, contiene un largo rosario de términos indeterminados y en exceso genéricos para ser

¹²² Así, el art. 11 [ap. 1 letra C)] y el art. 12 [ap. 1 letras B), C), D), E) y F)].

aplicados como normas penales. A título de ejemplo, y aunque afecta más bien a la conducta típica que a la determinación de la autoría, transcribo el apartado 2, “Estabilidad y solidez”, de la Parte A de dicho Anexo “Disposiciones mínimas generales relativas a los lugares de trabajo en las obras”: *“a) Deberá procurarse, de modo apropiado y seguro, la estabilidad de los materiales y equipos y, en general, de cualquier elemento que en cualquier desplazamiento pudiera afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores. b) El acceso a cualquier superficie que conste de materiales que no ofrezcan una resistencia suficiente sólo se autorizará en caso de que se proporcionen equipos o medios apropiados para que el trabajo se realice de manera segura”*.

Teniendo en cuenta que el RD 1627/1997 tiene su origen en la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, en mi opinión la causa de esta deficiente técnica regulatoria no es otra que el vicio, lamentablemente bastante frecuente, de transponer Directivas comunitarias mediante el fácil recurso de realizar poco más que su traducción literal a nuestro idioma, en vez de proceder a la adaptación y desarrollo del texto para procurar su apropiado encaje en nuestro ordenamiento jurídico y a las peculiaridades propias de nuestro país, sin dejar por ello de cumplir con los objetivos fijados por la norma comunitaria.

El empleo de vocablos o conceptos de amplio y difuso significado no constituiría un grave problema si no fuera por el hecho de que esta disposición reglamentaria, como hemos visto, es la principal norma en el sector de la construcción para integrar los tipos penales en blanco contenidos en los arts. 316 y 317 CP, poniendo en evidencia una de las circunstancias más

habitualmente utilizadas por los autores más críticos con esta figura¹²³: la difícil compatibilidad de las leyes penales con las normas extrapenales, por gozar el Derecho penal de principios y fines propios.

No obstante existir también otros agentes, según lo previamente expuesto, cuya regulación es difícilmente compatible con el principio constitucional de taxatividad, voy a centrar mi análisis en el **coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra**, por ser uno de los cuales a los que el Juez penal exige más responsabilidad, así como por considerar especialmente notoria que su regulación vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal.

El RD 1627/1997 define a este agente, en su art. 2.1 f), como *“el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el art. 9”*. Y el **art. 9** de este Decreto establece como: *“Obligaciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra”* las siguientes:

“El coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra deberá desarrollar las siguientes funciones:

a) Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad: 1. Al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente. 2. Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo.

¹²³ Entre otros, DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites para...*, ob. cit., pág. 131.

- b) Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el art. 15 LPRL durante la ejecución de la obra y, en particular, en las tareas o actividades a que se refiere el art. 10 de este RD.*
- c) Aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo. Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del ap. 2 del art. 7, la dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador.*
- d) Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el art. 24 LPRL.*
- e) Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.*
- f) Adoptar las medidas necesarias para que solo las personas autorizadas puedan acceder a la obra. La dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador”.*

Es preciso reseñar, igualmente, el **art. 14** RD 1627/1997, por cuanto contiene dos obligaciones más de la máxima relevancia: el deber de los coordinadores de seguridad y salud de advertir del incumplimiento de medidas de seguridad cuando las haya detectado y su facultad de paralizar la obra o alguno de sus tajos si apreciase la concurrencia de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

El tenor literal de estos preceptos es de por sí bastante ilustrativo de su dudosa taxatividad, impresión que he visto probada en el ejercicio de mi profesión de abogado al observar los muy distintos significados que a estas mismas palabras les atribuían técnicos del sector de la construcción, empresarios, trabajadores, abogados, inspectores de trabajo, fiscales y Jueces. Me fijaré, por razones obvias, en estos últimos.

Coexisten en las resoluciones judiciales **interpretaciones radicalmente opuestas** de los preceptos transcritos, dando lugar a concepciones absolutamente contradictorias sobre las funciones y responsabilidades de los coordinadores de seguridad y salud¹²⁴.

Por un lado, se puede apreciar una línea jurisprudencial que atribuye a este agente una **labor de supervisión y vigilancia**, cual principal delegado del empresario, llegando a exigirle una presencia cuasi-continua y activa en la obra. Entre las resoluciones que se expresan en estos términos podemos señalar la SAP de Barcelona, Secc. 6ª, de 28-10-2005 al señalar que:

“Como se desprende, entre otros, de los art. 9, 10, 11 y 14 del RD 1627/1997, y del art. 1.A.3 del Decreto 265/1971, corresponde al coordinador de seguridad el deber de vigilar que se proporcionen y se utilicen correctamente las medidas de protección individual y colectiva de los trabajadores. Es evidente que el coordinador de seguridad no puede vigilar a cada uno de los trabajadores, pero es igualmente evidente que el hecho de que el coordinador de seguridad no impida que se realicen labores de encofrado en la tercera planta del edificio sin las oportunas

¹²⁴ Así lo entiende también DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra...*, ob. cit., pág. 679.

medidas de protección colectiva, comporta la infracción de una norma esencial de cuidado (...) porque la figura del coordinador de seguridad comporta una disminución de la diligencia que se exige a otros sujetos para controlar los riesgos que amenazan a los trabajadores”.

También en similar sentido se pronuncia la SAP de León, Secc. 3, de 23-2-2011, la cual asevera que:

“En consecuencia a los dos acusados don Jose Francisco y don Victorino, como coordinadores de seguridad de la obra, les correspondía directamente facilitar unas condiciones laborales sin riesgo para los trabajadores, tal y como se establece en la normativa de referencia y en el Plan de Seguridad de la obra, porque sus funciones no se agotan con la aprobación del Plan de Seguridad de la empresa, y la redacción del Estudio de Seguridad, viniendo obligados a vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad contempladas en el Plan ,y lo que omitieron en el caso de autos al carecer el andamiaje de la obra en que se produjo el accidente de las medidas de protección colectiva, como barandillas, y de las individuales como el cinturón de seguridad y lo arnés de sujeción, nada de lo cual usaba el trabajador accidentado en el momento del suceso. En definitiva, los dos acusados al asumir el cargo de coordinadores de seguridad responden de las omisiones en materia de seguridad adecuadas que representaban un peligro grave para la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores, convirtiéndose en cooperadores necesarios de la comisión del delito, y por ello deben ser considerados también autores del expresado delito del artículo 316 del Código penal, de conformidad con el artículo 28 del mismo texto legal”.

Y, finalmente¹²⁵, cito la SAP de Tarragona, Secc. 2ª, de 6-3-2009, en la que se afirma que:

“En efecto y como coordinador de seguridad, la tarea de dicho profesional no era únicamente la de redactar el estudio de seguridad y coordinar las distintas actividades concurrentes y dar las órdenes e instrucciones oportunas como él mismo sostiene, sino que debía velar por su correcta aplicación, teniendo incluso facultades para detener los trabajos si observaba que las medidas de seguridad correspondientes no se habían adoptado, pues debe controlar y verificar que los trabajos se desempeñan en condiciones de seguridad adecuadas. El acusado, que según admitió visitaba frecuentemente la obra aún cuando no lo hiciera el día del accidente, sino tres o cuatro días antes, debió percatarse de la ausencia de medidas de seguridad individuales y concretamente comprobar si en efecto se habían colado los arneses de seguridad junto a la zona destinada a carga y descarga, así como si el aparato elevador reunía las condiciones adecuadas, lo que evidentemente no hizo, pues como él mismo reconoció en el acto del plenario, ni siquiera sabía si la marca del elevador utilizado estaba dotado de limitador de capacidad de carga, siendo por tanto evidente su responsabilidad, pues sólo mediante su control y comprobaciones se pudo evitar la omisión del empresario desatendiendo su obligación de garante. (...) su obligación no era simplemente redactar el estudio de seguridad y aprobar el plan, sino

¹²⁵ En este mismo sentido, podemos mencionar además, y entre otras, las siguientes resoluciones: las SSAP de Castellón Secc. 2ª 28-1—2003; de Guadalajara Secc. 1ª de 17-1—2003; de Asturias Secc. 3ª de 7-9- 2005; de Madrid Secc. 7ª de 8-3-2006; de Madrid Secc. 2ª de 20-7-2006; de Barcelona Secc. 8ª de 14 -12-2007; de Salamanca de 23-9- 2008; o de Madrid Secc. 7ª de 29-11-2010.

también la de comprobar, por lo que aquí interesa, si los elementos de fijación, anclaje y soporte de los aparatos elevadores que había en la obra eran de buen diseño y construcción y si tenían resistencia suficiente para el uso al que estaban destinados lo que, como hemos dicho, no consta que hiciera antes ni después de producirse el accidente”.

Por otro lado, en cambio, una corriente jurisprudencial opuesta concibe al coordinador como un técnico llamado a efectuar **estrictas funciones de enlace** entre la pluralidad de agentes que concurre en una obra, a fin de disminuir los riesgos derivados de tal concurrencia, pero sin estar obligado a supervisar o vigilar el cumplimiento de la totalidad de las medidas de seguridad y salud de la obra.

Así se expresa la SAP de Madrid Secc. 17ª bis de 1-2-2006, cuando afirma con rotunda claridad que:

“Sus funciones son de estricta coordinación (...). Las tareas del coordinador no se refieren a la concreta ejecución y supervisión de las medidas de seguridad, sino, precisamente, a la coordinación. (...) Se muestran así con claridad los distintos planos en los que se distribuyen las responsabilidades de los intervinientes en la obra: la del coordinador se centra en coordinar las distintas actividades concurrentes (además de distintos sujetos empresariales) y dar a éstos órdenes e instrucciones; la de los contratistas, a los que corresponde aplicar los principios de prevención, cumplir y hacer cumplir las medidas dispuestas en el plan de seguridad”.

En términos muy similares se pronuncia la SAP de Badajoz Secc. 3ª de 3-6-2008, al declarar que:

“Tal atribución de responsabilidad al arquitecto técnico parte de la creencia, equivocada legalmente, de que, a tenor de los arts. 9 y siguientes del RD 1627/1997 (...), el "coordinador de seguridad y salud" (...) ha de responder de la aplicación, práctica y determinada, y constante, cabría añadir, de las medidas de seguridad que vengan establecidas para la obra de que se trate. Sin embargo, como la sentencia examinada pone de relieve, es el contratista quien ha de elaborar su plan de seguridad y salud en el trabajo, (...) y el art. 11 (del citado RD) obliga al contratista, y no a otro, a cuidar del control periódico de las instalaciones y dispositivos de prevención de los riesgos laborales, y a cumplir, y a hacer cumplir, a su personal lo establecido en el plan de seguridad y salud, todo ello ya directamente, ya con el concurso de empresas especializadas, como sucede en el caso. De donde que, teniendo en cuenta además la definición de tareas del coordinador de seguridad y salud contenida en el art. 9 RD, entre las que no aparece ninguna que dé pie a la atribución a dicho coordinador de responsabilidad por daños corporales derivados de accidente laboral, esta clase de responsabilidades haya de asignarse exclusivamente al contratista o a la empresa a quien haya encargado del control de la seguridad laboral (cfr., por ejemplo, SAP Baleares 4.ª de 29 de noviembre de 2006)”.

Por último¹²⁶, reseño la SAP de Valencia Secc. 4ª de 26-3-2009, que estimando

¹²⁶ Si bien, en este mismo sentido hay igualmente otras resoluciones, como las siguientes: SSAP de Cádiz Secc. 8ª de 20-3-2003 y de Tarragona Secc. 2ª de 11-1-2007, y AAAP de Álava Secc. 2ª

el recurso de apelación interpuesto por la representación del Arquitecto Técnico, coordinador de seguridad y salud laboral y condenado en el procedimiento de instancia, le absuelve del delito de lesiones que se le imputaba, significando en cuanto al coordinador de seguridad que no le corresponde la vigilancia y el control diario de que los trabajadores utilicen las medidas de protección colectivas e individuales, no teniendo obligación de permanecer permanentemente en la obra.

De igual modo, en la **doctrina** se pueden observar entendimientos muy distintos, cuando no contradictorios, sobre las funciones y responsabilidades de los coordinadores de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. Autores como DURÁN ven a esta figura como el máximo responsable a pie de obra en materia de prevención de riesgos laborales¹²⁷; LASCURAÍN SÁNCHEZ los considera “*no sólo asesores de seguridad, sino auténticos delegados ejecutivos...*”¹²⁸; mientras que otros como MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, además de reconocer que “*el alcance de sus obligaciones y su papel en el organigrama de la empresa no resulta especialmente concluyente*”, opinan que se trata de un delegado del empresario, pero añaden que no se le puede hacer penalmente responsable con base en un eventual deber

de 19-11-2004, de 17-7-2007 y de 23-12-2008. También, dentro de la jurisdicción social, podemos mencionar la STSJ de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria de 30-6-2011.

¹²⁷ DURÁN LÓPEZ, TUDELA CAMBRONERO y VALDEOLIVAS GARCÍA, *Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción en España*, Edisofer, Madrid, 2007, págs. 204 y 205.

¹²⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La imputación penal del accidente de trabajo”, AA. VV., *Tutela penal de la seguridad en el trabajo*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 3, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 15.

de vigilancia de las medidas de seguridad¹²⁹; no faltando tampoco quienes aseguran, como TOLOSA TRIBIÑO¹³⁰ o NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS¹³¹, que no resultan responsables a título de autor, por no estar obligados a facilitar medios de protección a los trabajadores.

3.2. 3. Conclusiones.

Siendo así las cosas, a la vista de la insuficiente claridad del RD 1627/1997, dando pie a interpretaciones muy distintas e incluso contrapuestas de alguno de sus preceptos y, en especial, de los que regulan al coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, ¿puede defenderse su adecuación al derecho fundamental a la legalidad penal establecido en el art. 25.1 CE?

En mi opinión la respuesta ha de resultar negativa. Acudo para fundamentarla, además de a la Jurisprudencia del TC antes aludida sobre el principio de taxatividad, a las siguientes SSTC: la 89/1983, de 2 de noviembre, señala que *“impide considerar comprendidos dentro del citado precepto (el 25.1 CE) los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el sentido estricto de la palabra de los Jueces y Tribunales”*¹³²; también la 53/1994, de 24 de

¹²⁹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Los delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 447 y 449.

¹³⁰ TOLOSA TRIBIÑO, *Prontuario de Seguridad en la Edificación*, DAPP, Pamplona, 2007, pág. 359.

¹³¹ NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, “La autoría en...”, *ob. cit.*, pág. 989.

¹³² En estos mismos términos se expresan las SSTC 105/1988, de 8 de junio; 89/1993, de 12 de marzo; y 34/1996, de 11 de marzo.

febrero, proscribió en defensa del art. 25.1 CE que la norma penal permita que el juzgador pueda llevar a cabo una interpretación tanto abiertamente extensiva como limitativa.

En palabras de HUERTA TOCILDO, no deben aceptarse sin más estas “normas de caucho”, *“cuyo elevado nivel de indeterminación puede conducir al dictado tanto de una resolución condenatoria como de su contraria”*. Se trata de evitar que el Juez se pueda convertir en legislador, en contra de la división de poderes propia de nuestro Estado Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). También se debe hacer frente a la manifiesta ausencia de igualdad (art. 14 CE) reinante en la aplicación de estos delitos pues, dependiendo de la autoridad juzgadora su comprensión de las normas extrapenales aplicables, será una o la inversa, dando lugar en unos casos a sentencias condenatorias y en otros absolutorias. Y, finalmente, es innegable que está en juego la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), ya que en la actualidad resulta francamente difícil predecir con un grado suficiente de certeza las consecuencias jurídicas que pueden deparar a los agentes del sector de la construcción por sus conductas.

Por consiguiente, urge poner solución a esta situación, procediéndose por el legislador —en sentido amplio, ya sea el Parlamento, mediante normas con rango de Ley, ya el Gobierno, a través de disposiciones reglamentarias— a la reforma de las normas extrapenales que integran los arts. 316 y 317 CP, a fin de introducir una mayor claridad y precisión en su regulación. En su defecto, sería deseable la interposición de un recurso de amparo que permitiese al TC pronunciarse sobre la compatibilidad de las disposiciones comentadas con el derecho fundamental a la legalidad penal, dando lugar, en su caso, a la

declaración de la nulidad de los preceptos que no resulten a su juicio lo bastante taxativos¹³³, o, cuando menos, declarando la inconstitucionalidad de las interpretaciones judiciales extensivas que atribuyen una mayor responsabilidad que la estrictamente derivada de la literalidad de los textos normativos aplicables a agentes como el coordinador, por atentar contra el art. 25.1 CE.

¹³³ Este fue el caso de las SSTC 7/1990, de 18 de enero, 32/1990, de 26 de febrero, y 61/1990, de 29 de marzo. Acerca del control de constitucionalidad de los reglamentos, *Vid* CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

III. LOS SUJETOS ORIGINARIAMENTE OBLIGADOS POR LA LEY A FACILITAR LOS MEDIOS PARA EVITAR PELIGROS GRAVES CONTRA LA VIDA, LA SALUD O LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LOS TRABAJADORES.

La fórmula empleada por el art. 316 CP para reflejar a los sujetos activos del delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral, *“los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados no faciliten los medios necesarios...”*, requiere que, para ser autor idóneo de este delito, se cumplan tres requisitos: 1) estar obligado a facilitar medios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad y salud adecuadas; 2) estar obligado por una norma de prevención de riesgos laborales con rango legal; 3) estar obligado a facilitar medios necesarios para que no se ponga en peligro grave su vida, salud o integridad física.

A continuación estudiaremos quiénes son los sujetos legalmente obligados a prevenir los riesgos laborales, a fin de abordar, posteriormente, si cumplen los otros presupuestos exigidos por el art. 316 CP: si sus obligaciones pueden ser consideradas de facilitación de medios y si estos son idóneos para evitar la puesta en peligro grave de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

1.- El empresario como principal obligado en materia preventiva.

1.1. Consideraciones generales.

Analizadas las **leyes** de aplicación se puede comprobar que el deudor primario de los medios previamente relacionados es el empresario, quien a través del

mecanismo de la delegación de competencias puede trasladar dicho deber, como abordaremos con mayor detenimiento más adelante¹³⁴.

Este protagonismo del empresario en materia preventiva se desprende con claridad del **art. 14 LPRL**, el cual establece en su aptdo. 1 que *“los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo **deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales**”*; añadiendo seguidamente en su aptdo. 2 que *“en cumplimiento del deber de protección, **el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio** en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”*.

Por otra parte, las obligaciones específicas de prevención de riesgos en el trabajo que se regulan en los arts. 15 al 30 LPRL, tienen como destinatario al empresario. Además, el art. 42.1 LPRL declara que *“el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”*.

¹³⁴ Resulta de gran interés sobre esta materia LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995; y DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal*, ob. cit., pág. 176.

La obligación de protección del empresario se puede también colegir de lo dispuesto en los arts. 4, 19 y 36 ET; así como del art. 4 LSSC. Finalmente, del art. 2 LISOS se concluye igualmente la titularidad originaria del deber de prevención de los riesgos laborales del empresario, puesto que la gran mayoría de los sujetos responsables a efectos administrativos reseñados en el referido precepto ostentan tal condición.

La **doctrina** tanto laboral como penal coincide unánimemente en este diagnóstico, siendo moneda común en la bibliografía especializada hablar del **empresario como “el principal y obligado primario en materia de seguridad y salud en el trabajo”**¹³⁵.

Igualmente la Fiscalía lo ha declarado en repetidas ocasiones, la última de ellas en la reciente Circular 4/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del **Ministerio Fiscal** en materia de siniestralidad laboral¹³⁶.

Y, por último, también la **Jurisprudencia** ha proclamado reiteradamente el deber primario de protección que recae sobre el empresario. Resaltamos por su contundencia la STS Sala 2ª de 29-7-2002 que asevera que: **“es el empresario el primer obligado a procurar cuando interviene en el proceso constructivo que el mismo se desarrolle y cuente con las medidas de seguridad tanto personales**

¹³⁵ Así se expresan MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 406. También en semejante sentido, y entre otros: HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 250-251; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 297-298; NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, “La autoría...”, *ob. cit.*, pág. 973; TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, *ob. cit.*, págs. 58-59; MORILLAS CUEVAS, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 652.; y MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Derecho penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), 3ª edic., Colex, Madrid, 2005.

¹³⁶ Así se indica en sus págs. 5-6.

*como generales que en cada caso se exijan y que desde la perspectiva de unos claros intereses económicos se ve obligado a procurar evitar riesgos a los trabajadores y garantizar su salud”.*¹³⁷

El fundamento de esta obligación preferente, como hemos apuntado previamente¹³⁸, no es otro que el poder de dirección y organización del empresario y su injerencia en el orden social al poner en marcha una fuente de riesgo para la seguridad y salud de sus trabajadores de la que se lucra, lo que le sitúa en una posición de garante frente a ellos.

Pero, **¿qué entendemos por empresario?** De conformidad con el art. 1, apartados 1 y 2, ET, podríamos definirlo como toda persona, física o jurídica, o comunidades de bienes, que reciban la prestación voluntaria y retribuida de servicios de trabajadores que se hallan dentro de su ámbito de organización y dirección, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. Con arreglo al art. 3.1 LPRL, dentro de este concepto debemos comprender integrado al empleador público.

No obstante, como acertadamente apunta la doctrina penal¹³⁹, lo significativo en este ámbito para conocer quién es el empresario no es atenerse a este concepto

¹³⁷ También en idéntico sentido, la STS de 5-9-2001 y las SSAP de Castellón, Secc. 1ª, 10-6-2005; y de Vizcaya, Secc. 1ª, de 13-9-2007, en el orden penal; o la STSJ de Castilla-La Mancha de 7-5-009, en el social.

¹³⁸ *Vid* apartado II.A del presente trabajo.

¹³⁹ *Vid*, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, pág. 278; BOIX REIG y ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre...*, *ob. cit.*, pág. 64; NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, “La autoría...”, *ob. cit.*, págs. 974-975, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 407-410; o GARCÍA ARÁN, “Título XV. De los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 1263.

formal; sino, atendiendo a criterios materiales, a quién o quiénes están efectivamente en posesión del poder de organización y dirección del trabajo de otros, aunque no estén ambos ligados por un contrato laboral.

1.2. Estudio de algunos casos singulares.

Especial atención merece el caso de **conurrencia de varios empresarios** en un mismo centro de trabajo, en los que todos ellos ostentan un deber de protección eficaz de la seguridad y salud no sólo respecto de sus trabajadores, sino también hasta cierto punto respecto de los trabajadores del resto de empresarios intervinientes. La participación de varias empresas y/o trabajadores autónomos en la misma obra es tan intensa y habitual en el sector de la construcción que ha justificado un desarrollo reglamentario específico del art. 24 LPRL a través de determinados preceptos del RD 171/2004, así como la aprobación de una ley particular para abordar este fenómeno en este concreto sector de actividad: la LSSC.

El citado **art. 24 LPRL** y su reglamento de desarrollo regulan el deber de coordinación de actividades empresariales en estos casos, a fin establecer las medidas de información, impartición de instrucciones y vigilancia a proporcionar por el empresario principal, para prevenir los riesgos derivados de dicha afluencia simultánea o sucesiva de sujetos en obra: contratistas, subcontratistas, trabajadores autónomos, cada uno de ellos normalmente con sus correspondientes empleados, sin olvidar al promotor y a los técnicos de la dirección facultativa. Es de resaltar que el art. 13 del mencionado **RD 171/2004** establece, entre los distintos medios de coordinación posibles, la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades

preventivas, que se considerará medio de coordinación preferente, cuando concurren dos o más condiciones de las cuatro que relaciona.

Mientras que el **art. 7 LSSC** incide en este deber de vigilancia de los contratistas, en particular, en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro, así como al régimen de la subcontratación, previsto en la propia LSSC.

En virtud de lo expuesto en anteriores apartados¹⁴⁰, es clara a mi juicio la idoneidad de la coordinación de los distintos empresarios para ser considerado **“medio”, a efectos del art. 316 CP y, con mayor rotundidad, para poder suponer su insuficiencia un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores.**

Cabe señalar que la legislación laboral ha establecido una responsabilidad laboral solidaria entre las empresas concurrentes sino cumplen apropiadamente con sus deberes de coordinación. Así, el art. 11 RD 1627/1997 preceptúa que los contratistas y los subcontratistas responderán solidariamente de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de las medidas previstas en el plan, en virtud de lo previsto en el art. 43 ET. Igualmente, el art. 7.2 LSSC declara la responsabilidad solidaria del subcontratista y su contratista cuando el primero hubiera contratado incumpliendo las obligaciones establecidas en la LSSC.

Tal responsabilidad solidaria no es posible en Derecho penal, en el que rige el principio de imputación personal de las penas y es preceptiva la culpabilidad, por lo que cada persona podrá responder única y exclusivamente por los

¹⁴⁰ **Vid** apartado II. 2. 3 del presente trabajo.

incumplimientos dolosos o imprudentes de sus obligaciones de coordinación de actividades empresariales.

Finalmente, merecen asimismo una atención específica las singularidades derivadas de la intervención de trabajadores a través de **Empresas de Trabajo Temporal** (llamadas ETT). En estos casos tenemos una ETT, unida por contrato laboral con un trabajador, que formaliza un contrato de puesta a disposición de dicho trabajador a otra empresa (que se denomina usuaria), por lo que surge la duda de cuál es la responsabilidad de cada una de estas dos empresas en materia de prevención de los riesgos laborales de este trabajador.

Según el art. 28.5 LPRL, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, correspondiéndole el cumplimiento de las obligaciones en materia de información de su concreto puesto de trabajo. Por otro lado, la ETT será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud. Todos estos deberes, como hemos **visto anteriormente, pueden ser considerados “medios”** ex art. 316 CP y pueden ser aptos para poner en peligro concreto y grave la vida y salud de los empleados.

Como se puede apreciar existe un reparto de las obligaciones preventivas, sin perjuicio de que recaiga una mayor responsabilidad penal sobre la empresa usuaria, en cuanto titular inmediato del poder de dirección y organización del trabajo de los operarios, correspondiéndole un mayor dominio sobre los riesgos

que amenacen gravemente la vida, integridad física y salud de los trabajadores cedidos¹⁴¹.

La **SAP de Barcelona**, Secc. 6ª, de **11-7-2002**, viene a confirmar este criterio¹⁴²:

“Conviene señalar, ante todo, que el hecho de que el trabajador fuera contratado a través de una empresa de trabajo temporal (ETT) no le exime genéricamente al empresario para quien se va a prestar materialmente el trabajo de facilitar los medios de seguridad e higiene laboral a todo aquel que preste trabajo a sus órdenes... Otra cuestión distinta, que sólo podemos plantear discursivamente, puesto que ninguna acusación ha existido sobre los eventuales responsables de la ETT, es que éstos tienen también una obligación de formación de los trabajadores. Más concretamente, existe una obligación conjunta de la ETT y la empresa usuaria de garantizar, previamente al inicio de la concreta actividad, que los trabajadores hayan recibido la información específica y suficiente acerca de los riesgos específicos a los que se tengan que exponer. La obligación contenida en el art. 316 CP lo es de facilitar los medios necesarios para el desempeño de la actividad laboral con las debidas medidas de seguridad e higiene, lo que incluye necesariamente la

¹⁴¹ En sentido semejante se expresan HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, ob. cit., págs. 307-317; MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, ob. cit., págs. 409-410 y RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 251-257. Sin embargo, NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, *La autoría...*, ob. cit., pág. 978, consideran que sólo puede ser autor del art. 316 CP el empresario usuario.

¹⁴² En similar sentido se pronuncian, entre otras, la SAP de Madrid, Secc. 23ª, de 13-2-2008; el AAP de Sevilla, Secc. 1ª, de 24-5-2007; y la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 29-4-2009.

formación, y en ésta la ETT también tiene sus eventuales obligaciones y responsabilidades, ya que puede ser autor idóneo de este delito cualquier persona que tenga responsabilidad en el ámbito de la seguridad e higiene laborales”.

2. Otros sujetos legalmente obligados por la normativa de prevención de riesgos laborales.

Además del empresario, la LPRL recoge de modo residual algunas puntuales obligaciones en materia preventiva de otros sujetos. Es el caso de los organismos públicos con competencias en materia laboral y sanitaria (arts. 7 a 11 y 13), trabajadores (arts. 14.4 y 29), servicios de prevención (arts. 30 y 31), recursos preventivos (art. 32 bis), representantes de los trabajadores (arts. 35 a 40) y fabricantes, importadores y suministradores (art. 41).

Todos estos agentes parecen cumplir el primer requisito para poder formar parte del círculo de posibles sujetos activos del delito tipificado en el art. 316 CP: ser titulares de un deber de protección de la seguridad y salud laboral emanado de una norma con rango de ley. A renglón seguido, examinaremos la certeza de esta afirmación y la observancia de los otros dos requisitos necesarios: la **posibilidad de ser conceptuado como “medio” de prevención de riesgos para ser facilitado a los trabajadores y de resultar “necesario” para poner en peligro grave su vida, seguridad e integridad física.**

2. 1. Organismos públicos con competencias en materia laboral y sanitaria.

El art. 7 LPRL contiene un mandato general a las Administraciones Públicas competentes en materia laboral de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, sancionando sus infracciones a dicha normativa. Igualmente, el art. 10 LPRL establece una serie de principios generales que deben guiar a las autoridades competentes en materia sanitaria relativas a la salud laboral.

Por otro lado, el art. 8 LPRL se refiere al **Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT)**, al que define como *“el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas”*. En concreto, al INSHT, en cooperación con los órganos análogos de las Comunidades Autónomas, se le encomiendan en el ámbito de la prevención de riesgos laborales funciones de asesoramiento técnico en la elaboración de normativa y en el desarrollo de la normalización; de promoción y, en su caso, realización de actividades de formación, información, investigación, estudio y divulgación; de apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; y de colaboración con organismos internacionales y desarrollo de programas de cooperación internacional en este ámbito.

Mientras que el art. 13 LPRL conceptúa a la **Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST)** como *“el órgano colegiado asesor de las Administraciones Públicas en la formulación de las políticas de prevención y órgano de participación institucional en materia de seguridad y*

salud en el trabajo”. La Comisión debe conocer las actuaciones que desarrollen dichas Administraciones en materia de promoción de la prevención de riesgos laborales, de asesoramiento técnico y de vigilancia y control y podrá informar y formular propuestas en relación con las mismas.

Parece innegable que **ninguno de los miembros de estas entidades públicas pueden ser** englobadas dentro del grupo de **posibles sujetos activos** del delito contra la seguridad y salud laboral, por cuanto sus cometidos se limitan al fomento, regulación, investigación, asesoramiento y vigilancia genérica del fenómeno de la siniestralidad laboral, sin que les atañe la puesta a disposición de determinados trabajadores de medidas preventivas que eviten que puedan hallarse en situación de peligro concreto y grave de su vida, salud o integridad física.

Por lo que se refiere a la **Inspección de Trabajo y Seguridad Social** (ITSS), el art. 9 LPRL dispone que le corresponde la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. En cumplimiento de esta misión, se le asignan las siguientes funciones: a) vigilar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, proponiendo a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente, cuando comprobase una infracción; b) asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones cuya vigilancia tiene encomendada; c) elaborar los informes solicitados por los Juzgados de lo Social en las demandas deducidas ante los mismos en los procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; d) informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales o enfermedades profesionales, muy graves o graves, y sobre aquellos

otros en que lo considere necesario; e) comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención; f) ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

Adicionalmente, las Comunidades Autónomas cuentan con funcionarios públicos que ejercen labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales dirigidas al asesoramiento, información y de comprobación de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo; con capacidad de requerimiento de su cumplimiento, pudiendo en caso contrario remitir informe a la ITSS, en el que se recogerán los hechos comprobados, a efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción, si así procediera.

A la vista de las funciones de estas dos figuras no resulta tan evidente como en el caso de los organismos públicos previamente estudiados su apartamiento de entre el círculo de potenciales autores del tipo previsto en el art. 316 CP, especialmente en lo que concierne a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social por sus más amplias potestades. Y ello por cuanto su actuación ya no se desarrolla en un plano general e indeterminado, sino sobre concretos centros de trabajo que son objeto de su vigilancia y control, pudiendo instar la adopción de medidas para evitar riesgos que, efectivamente, puedan estar amenazando de forma grave y concreta la seguridad y salud de los empleados. Sin embargo,

coincido con la doctrina mayoritaria¹⁴³, al señalar que no pueden ser considerados como sujetos activos del delito que nos ocupa por:

- a) no gozar de un poder directo de organización y dirección del trabajo. Los Inspectores no puede adoptar por sí las medidas preventivas necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores; a lo sumo podrán requerir al empresario que lo haga, que no es lo mismo.
- b) no ser los generadores de la actividad susceptible de causar riesgo a los trabajadores (injerencia).
- c) no estar sujetos realmente a un deber de protección, sino que más bien disfrutan del ejercicio de una potestad pública que les faculta – pero no obliga- a exhortar a que se faciliten las medidas de seguridad y salud exigibles. Coadyuva a esta interpretación un criterio sistemático: el art. 9 LPRL se halla dentro del capítulo II de la Ley ***“Política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y salud en el trabajo”***, cuando los deberes preventivos se recogen en el capítulo III ***“Derechos y Obligaciones”***.
- d) en cualquier caso, sus funciones principales son de vigilancia y de paralización de actividades en caso de riesgo grave e inminente, ninguna de las cuales, según hemos indicado en el apartado II. 2 de este trabajo, pueden reputarse ***“medios necesarios”*** ex art. 316 CP. Sus

¹⁴³ En este sentido se manifiestan AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, ob. cit., pág. 332; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *“Seis tesis...”*, ob. cit., págs. 211-212; MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, *“Delitos contra...”*, ob. cit., págs. 414-415; y HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, ob. cit., pág. 254.

funciones de vigilancia, además, son de segundo nivel, puesto que corresponde al empresario la vigilancia inmediata y directa; de modo que si hemos concluido que estas últimas funciones de supervisión no constituyen medio apto para colmar el tipo que analizamos, análogamente y con mayor razón tampoco lo serán las de los ITSS.

Cuestión distinta es que a los ITSS o a los técnicos de prevención de las Comunidades Autónomas se les pueda imputar responsabilidad por delitos de lesiones u homicidio cuando, pudiendo haber evitado estos resultados mediante el ejercicio de sus potestades públicas, no lo hubieran hecho de forma culpable¹⁴⁴.

2.2. Trabajadores.

Establece el **art. 29 LPRL** que *“corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario”*.

¹⁴⁴ **Vid** a este respecto la famosa STS Sala 2ª de 25-4-2005 (caso Ardystil), por la que se condena a un ITSS por un delito de imprudencia temeraria del ACP que visitó esta empresa sin apreciar las evidentes irregularidades e infracciones que en ella había, habiéndose producido varias muertes y lesiones de sus trabajadores. Sin embargo, LASCURAÍN SÁNCHEZ critica esta resolución por entender que no existen razones materiales para atribuir a los ITSS el resultado: *“La imputación penal...”*, págs. 58-59.

Acto seguido, prosigue el referido precepto señalando que *“los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular: 1) Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad; 2) Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste. 3) No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar; 4) Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores; 5) Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; 6) Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”*.

Asimismo, el **art. 5 b) ET** incluye entre los deberes de los operarios el de *“observar las Medidas de Seguridad e Higiene que se adopten”*; como contrapartida de la obligación del empleador de formación y puesta en obra de las medidas de prevención necesarias. Obligación que reitera el art. 19.2 ET.

En mi opinión estos deberes de los trabajadores no pueden ser calificados como de puesta a disposición de medios preventivos, como requiere el art. 316 CP,

sino más bien de utilización adecuada de los medios facilitados por el empresario y auxilio en la labor que a este último le atañe. Refuerza esta interpretación el hecho de que, de modo reiterado, el transcrito art. 29 LPRL proclame que las obligaciones del trabajador han de ser desarrolladas con arreglo a *“las instrucciones del empresario”*, en el marco de su poder de dirección y organización; así como la declaración efectuada por el art. 14.4 LPRL: *“las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley (...) complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona”*.

En ningún caso, por consiguiente, cabría imputar penalmente a un trabajador que, incumpliendo sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales, se ponga en peligro concreto y grave a sí mismo o a otros trabajadores, al no poder reputarse *“medios”*, ex art. 316 CP, tales deberes. Sin embargo, cabría la imputación a un trabajador por un resultado de lesiones o muerte padecido por un compañero, siempre que el primero tuviese el necesario dominio sobre los hechos y un cierto deber de protección de la víctima como consecuencia de los mecanismos de la delegación¹⁴⁵. Es ésta la opinión mayoritaria entre la doctrina¹⁴⁶.

¹⁴⁵ En este sentido, *vid* la SAP de Soria de 18-4-1997, por la que se condenaba a un trabajador que, teniendo más antigüedad y experiencia que otro finalmente accidentado, no se apercibió de la necesidad de proceder a desconectar la corriente previamente a realizar la tarea encomendada.

¹⁴⁶ Son de esta opinión: AGUADO LÓPEZ, S., “Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1360/1998, de 12 de noviembre”, *EPC*, XXII, 1999-2000, pág. 18; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 283-284; MARTÍN LORENZO, M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 412.

2.3. Servicios de prevención y Recursos preventivos.

El empresario puede organizar el desarrollo de sus actividades preventivas, en función de las circunstancias de la empresa, con arreglo a alguna de las modalidades siguientes (arts. 30 LPRL y 10 y siguientes RSP): 1) asumiendo personalmente la actividad; 2) designando a uno o varios trabajadores; 3) constituyendo un servicio de prevención propio; 4) contratando con uno o varios servicios de prevención ajenos. A todos ellos la LPRL, especialmente en su art. 31.3, atribuye determinados deberes de asesoramiento, apoyo y ejercicio de la actividad preventiva a favor de la empresa.

Por otra parte, el art. 32 bis LPRL regula a los denominados recursos preventivos, introducidos en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 54/2003; si bien, de modo específico para las obras de construcción, la disposición aplicable resulta la nueva Disposición Adicional Decimocuarta LPRL, que establece que su función principal es *“vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de éstas”*.

Considero que ninguno de estos sujetos está en posesión de deberes originarios de protección de la seguridad y salud laboral, sino que desarrollan sus funciones por designación del empresario y a favor de éste, no siendo más que sus instrumentos. Al ser en la mayor parte de los casos imposible que el empresario por sí mismo pueda desarrollar la actividad preventiva, la LPRL prevé la presencia de una serie de sujetos u órganos que habrán de acometerla en su

nombre y por delegación¹⁴⁷. Por ello, su responsabilidad corresponderá, en su caso, como delegados del empresario, lo que abordaremos en el apartado siguiente del presente estudio.

Confirma esta interpretación el hecho de que los preceptos citados se encuadren dentro del capítulo IV LPRL “*Servicios de prevención*”, y no dentro del específicamente establecido por la ley para recoger los deberes de protección: el capítulo III “*Derechos y obligaciones*”. Igualmente, el ya mencionado art. 14.4 LPRL; dispone que: “...la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona”. De modo que su función es meramente complementaria de la del empresario, el cual, como obligado primario, siempre conserva un deber, siquiera residual, de protección efectiva de sus trabajadores.

2.4. Representantes de los trabajadores.

El **art. 34.2 LPRL** establece que: “A los Comités de Empresa, a los Delegados de Personal y a los representantes sindicales les corresponde (...) la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el

¹⁴⁷ En este sentido se pronuncian MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 411-412 y la reciente Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de siniestralidad laboral, págs. 8-9.

trabajo. Para ello, los representantes del personal ejercerán las competencias que dichas normas establecen en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes”. Si bien, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la LPRL ha creado unas figuras representativas específicas: los delegados de prevención y los Comités de Seguridad y Salud.

Los **delegados de prevención** poseen funciones de colaboración y fomento de la actividad preventiva del empresario; pero también de vigilancia y control (art. 36.1 d) LPRL) y de paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente (art. 36.2 g) en relación con el art. 21.3 LPRL), lo que podría llevar a plantearse su condición de sujeto originalmente obligado por la ley a facilitar medios de prevención necesarios para que los trabajadores no se enfrenten a peligros graves y concretos. Sin embargo, ya he proclamado que estimo que ninguna de estas funciones puede ser apreciada “*medio*” de prevención a los efectos tipificados en el art. 316 CP; además de que es clara su labor de simple cooperación con el deber originario que concierne al empresario, lo que resulta coherente con el hecho de que no participe de su poder de dirección y organización.

Por su parte, al **Comité de Seguridad y Salud**, órgano paritario y colegiado de participación trabajadores-empresa, le incumbe colaborar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos de la empresa, así como promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes (art. 39.1 LPRL). La planificación de la actividad preventiva es de gran relevancia y supone un presupuesto indispensable para conferir un amparo

eficaz a los trabajadores de su seguridad y salud, si bien por su origen remoto son muy escasas las condenas penales basadas en el incumplimiento de este deber preventivo, pues siempre será más fácil hallar la infracción de otra medida de prevención como causa más inmediata del peligro. Además, dicha obligación de planificación recae sobre el empresario, según el art. 16 LPRL, por lo que podemos concluir que: 1) los miembros del Comité no poseen la condición de obligados originarios a facilitar protección a los trabajadores de seguridad y salud; 2) a lo sumo, podría imputársele a los componentes del Comité la comisión del delito previsto en el art. 316 CP a título de cómplices. No obstante, coincido con la mayoría de la doctrina¹⁴⁸, al opinar que, al igual que los delegados de prevención, no pueden ser estimados los componentes del Comité como sujetos activos del delito que nos ocupa por:

- a) no disfrutar de un poder directo de organización y dirección del trabajo. Los componentes podrán participar en la elaboración y valoración de la planificación preventiva, pero no poseen competencias para tomar decisiones al respecto y sus propuestas pueden ser acogidas, o no, por la empresa.
- b) no son los generadores de la actividad susceptible de causar riesgo a los trabajadores (injerencia).

¹⁴⁸ Se pronuncian en este sentido: LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Seis tesis...”, *ob. cit.*, págs. 211-212; MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 413-414; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 298; TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, *ob. cit.*, págs. 74-75; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 331-332; y NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, “La autoría...”, *ob. cit.*, pág. 988. Parece que igualmente los Tribunales de Justicia coinciden con esta postura por cuanto no conozco ninguna condena a estos sujetos por el delito contra la seguridad y salud laboral. Finalmente, también la Fiscalía, en la Circular 4/2011, págs. 15-16, se adhiere a esta corriente de opinión.

- c) no estar verdaderamente sujetos a un deber de protección, sino que más bien poseen un derecho de ejercicio facultativo. Contribuye a esta interpretación el criterio sistemático empleado a lo largo de este apartado: el art. 39 LPRL se encuentra en su capítulo V “*Consulta y participación de los trabajadores*”, mientras que los deberes preventivos se recogen en el capítulo III “*Derechos y Obligaciones*”; además, la participación es calificada como derecho en numerosas ocasiones a lo largo del articulado de la LPRL: arts. 12, 14, 18 y 34.

RAMÍREZ BARBOSA, no obstante, efectúa una matización de interés: la exigencia de responsabilidad penal por un delito de los arts. 316 o 317 CP a delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud podría constatarse en aquellos supuestos en los que el empresario les haya delegado funciones de facilitación de los medios de seguridad y, por tanto, tareas de prevención de riesgos en el trabajo relacionados con la tutela de la vida y salud de los trabajadores¹⁴⁹.

2.5. Fabricantes, importadores y suministradores.

Dispone el **art. 41 LPRL** que “*los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo están obligados a asegurar que éstos no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos*”; añadiendo seguidamente que “*los fabricantes,*

¹⁴⁹ RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra...*, ob. cit., págs. 267 y 270.

importadores y suministradores de productos y sustancias químicas de utilización en el trabajo están obligados a envasar y etiquetar los mismos de forma que se permita su conservación y manipulación en condiciones de seguridad y se identifique claramente su contenido y los riesgos para la seguridad o la salud de los trabajadores que su almacenamiento o utilización comporten”. Igualmente, “deberán suministrar la información que indique la forma correcta de utilización por los trabajadores, las medidas preventivas adicionales que deban tomarse y los riesgos laborales que conlleven tanto su uso normal, como su manipulación o empleo inadecuado”.

Algunos autores consideran que estos agentes pueden ser sujetos responsables de los delitos previstos en los arts. 316 y 317 CP¹⁵⁰.

Sin embargo, los fabricantes, importadores y suministradores de productos no están vinculados con los trabajadores por un vínculo contractual laboral que pueda fundamentar un deber de protección de su seguridad y salud, **no** ostentando **poder organizativo ni de dirección** alguno sobre ellos. De hecho sus obligaciones son realmente de seguridad en sus productos, lo que podría serles imputado en caso de muerte o lesiones, y no de prevención de riesgos laborales.

Tan solo se aproxima a una medida de prevención de riesgos laborales su obligación de información a los empleados sobre el correcto uso de sus productos para que resulten seguros. Lo que podría tener relevancia a efectos del delito que aquí analizamos si tenemos en cuenta que hemos concluido en el

¹⁵⁰ Ése parece ser el caso de TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, *ob. cit.*, pág. 75; y, más claramente, de RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 261-265.

apartado II. 2. 3 de este trabajo que el deber de información forma parte de la conducta tipificada en el art. 316 CP. No obstante, el propio art. 41 LPRL, en su apartado 2, deja bien claro que es el empresario quien debe garantizar que tales informaciones sean facilitadas a los trabajadores en términos que les resulten comprensibles¹⁵¹.

Apunta a esta conclusión, igualmente, el criterio sistemático que se viene utilizando, ya que el referido art. 41 está fuera del capítulo III LPRL, en el que se contemplan los “*Derechos y Obligaciones*” en materia preventiva.

3. Conclusión: el empresario como único sujeto originariamente obligado ex art. 316 CP.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir, con la práctica totalidad de la doctrina y la Jurisprudencia, que **el empresario es el único sujeto originariamente obligado por la ley a facilitar los medios de prevención** necesarios para evitar que se pueda poner en peligro grave la vida, salud e integridad física de los trabajadores.

¹⁵¹ Coincide con esta apreciación la gran mayoría de la doctrina, entre otros: AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, ob. cit., págs. 324-329; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, ob. cit., págs. 291-292; NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, “La autoría...”, ob. cit., págs. 989-990. Los Tribunales de Justicia parecen entender de forma pacífica que no cabe imputarles este delito como autores, pues no conozco ninguna resolución condenatoria contra estos sujetos por este delito. Sin embargo, la SAP de La Rioja de 2-2-2006, con carácter general y de modo *obiter dictum*, sin relación alguna con el caso concreto, indica que: “*Asimismo, el responsable activo normalmente lo es el empresario, aunque dentro de este concepto se integran administradores encargados fabricantes importadores y suministradores de determinados servicios, pues en materia de prevención de riesgos existen o pueden existir muchas otras personas implicadas en la consecución de un ambiente de trabajo seguro.*”

Como hemos visto, esta conclusión es perfectamente lógica, ya que sólo el empresario ostenta con carácter inicial o primario la potestad de organización y dirección del trabajo, poseyendo un dominio sobre los hechos que puedan provocar riesgos graves a los empleados, lo que le sitúa en una posición de garante de la protección eficaz de sus trabajadores. También su injerencia en la esfera social, constituyendo o manteniendo la empresa generadora de riesgos, para obtener un beneficio económico, le obliga a ponerles límite.

No obstante, como veremos a continuación, el espectro de autores idóneos del delito que nos ocupa se puede ampliar mediante la delegación de competencias. Antes de ello, apuntamos que la conclusión aquí alcanzada cobra especial interés, como desarrollaremos más adelante, al aplicarla a los agentes intervinientes en las obras de construcción, puesto que determinará que los promotores y sus delegados no puedan ser autores idóneos *stricto sensu* del delito que nos ocupa.

IV.- LOS DELEGADOS DEL EMPRESARIO.

1.- Delegados generales: los administradores y los técnicos de prevención.

El empresario individual puede encomendar la administración y gestión general de la empresa a determinadas personas, los **administradores** (gerentes u otros directivos), que reciben por tanto una delegación general en la que se puede incluir la seguridad y salud laboral, en todo lo que no deba ponerse en manos de los técnicos de prevención¹⁵². La designación de administradores u órganos colegiados de administración se hace imprescindible en el caso de las personas jurídicas, lo que será abordado con mayor detalle en el apartado V del presente trabajo.

En la estructura jerárquica de la empresa los administradores pueden, a su vez, delegar sus funciones a otros sujetos: directivos con capacidad de control y dirección sobre ámbitos o departamentos concretos de la empresa, quienes asimismo pueden delegar determinadas responsabilidades sobre otras personas: los denominados mandos intermedios. Es habitual, por consiguiente, que en las empresas exista un entramado de delegaciones que, de forma horizontal y vertical, pretenden organizar el poder de dirección y control de la empresa. Obviamente, la complejidad de este entramado dependerá en buena medida del tamaño y naturaleza de la actividad de la empresa. La

¹⁵² Sobre la responsabilidad penal de los directivos de empresa pueden consultarse, entre otros, DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, págs. 34 y siguientes; y FRISCH, W., “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D.M., (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 100.

responsabilidad penal de estos sujetos estribará en la eficacia de la delegación, según los requisitos que más adelante se relacionan¹⁵³.

Por otra parte, con arreglo al art. 30 LPRL el empresario sólo podrá asumir personalmente la actividad preventiva en empresas de hasta diez trabajadores, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria en atención a los riesgos concurrentes. En otro caso, está obligado a delegar el ejercicio de su deber originario de prevención de riesgos designando a uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituyendo un servicio de prevención o concertando dicho servicio con una o varias entidades especializadas ajenas a la empresa. Estos sujetos que denomino con carácter genérico **“técnicos de prevención”** reciben, por tanto, una delegación específica para ejercer la actividad preventiva en su integridad; si bien dentro de ellos, se establecerá la necesaria organización y distribución horizontal y vertical de funciones. Los técnicos de prevención serán, por tanto, los **“encargados del servicio”** a los efectos del art. 318 CP.

El deber general del empresario de disponer de órganos especializados en materia preventiva se justifica porque, salvo en los puntuales casos previstos en el art. 30 antes citado, le resultaría irrealizable proporcionar una protección efectiva a los trabajadores por imposibilidad física, porque los controles serían inviables y porque, para poder hacer frente a determinados riesgos, es necesario un suficiente grado de especialización¹⁵⁴.

¹⁵³ *Vid* sobre esta cuestión, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Del riesgo al resultado. Homicidio y Lesiones Imprudentes”, *Derecho penal de la Construcción*, ob. cit., págs. 513-524.

¹⁵⁴ Resulta especialmente clara a este respecto la STS Sala 2ª de 26-3-1994 cuando afirma que: **“no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere,**

La imputación penal de los delegados y de los que actúan en nombre de otro se contempla con carácter general en el **art. 31 CP**, que lo permite también en delitos especiales como el que nos ocupa, aunque no concurren en ellos *“las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*. Cuando los hechos se realizaran en el seno de personas jurídicas, el Código Penal incluye un precepto específico para el delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, el **art. 318 CP** al que dedicaremos atención más adelante.

Los encargados de la prevención, ya sean trabajadores designados o servicios de prevención propios o ajenos, deberán proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a: a) el diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa; b) la evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores; c) la planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia; d) la información y formación de los empleados; e) la prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia; f) la vigilancia de la salud de los trabajadores.

por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”.

Como se puede apreciar se trata prácticamente de casi todos los deberes específicos que atañen al empresario según los arts. 16 a 24 LPRL, con la única salvedad de tres de ellos: 1) la puesta a disposición de los trabajadores de equipos de trabajo y medios de protección, que corresponde al empresario, aunque los técnicos de prevención habrán de incluirlos dentro de su deber de planificación, asesorar al empresario sobre los más apropiados y verificar su eficacia, y nada impide, y sucede en la práctica, que el empresario delegue en ellos su adquisición y facilitación a los trabajadores; 2) la consulta y participación de los trabajadores, que, además de ser un deber típicamente del empresario, que los técnicos pueden promover y ser parte del Comité de Seguridad y Salud, **hemos establecido que no puede ser considerado “medio necesario” ex art. 316 CP¹⁵⁵**; 3) el deber de coordinación, por cuanto la Ley prevé sujetos específicos para acometer esta labor, que puede ser desarrollada por los técnicos de prevención.

En definitiva, los “*técnicos de prevención*” constituyen el instrumento a través del cual el empresario otorga la mayor parte de los “*medios necesarios*” de protección previstos en el art. 316 CP.

Como indica LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁵⁶, la delegación tiene **dos efectos principales**: 1) genera un deber de seguridad nuevo en el delegado que lo acepta; y, 2) transforma el contenido del deber de seguridad del delegante, el cual conserva una obligación residual de seguridad consistente,

¹⁵⁵ *Vid* apartado II. 2. 3 del presente trabajo.

¹⁵⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La imputación penal...”, *ob. cit.*, pág. 45.

fundamentalmente, en otorgar el suficiente dominio fáctico al delegado y en supervisar su desempeño.

Y siguiendo una vez más a LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁵⁷ señalamos que, para que la delegación resulte eficaz y pueda exonerar de responsabilidad al delegante¹⁵⁸, es necesario:

- a) Elección de persona adecuada para el ejercicio de las funciones delegadas. Los delegados deben tener la capacitación adecuada, poseyendo una formación y experiencia profesional conforme con los riesgos de la actividad. Habrán de ser, asimismo, suficientes en número. Así lo indican los arts. 30.2 y 31.2 LPRL y 12 y siguientes RSP.
- b) Aceptación libre por el delegado, ya sea esta tácita o expresa.
- c) Dotación del necesario dominio para ejercer la función encargada, lo que supone que el delegado:
 - a. Deberá de disponer de todos los medios materiales, financieros y personales para llevar a cabo la actividad delegada. Se recoge así en los arts. 30.2 y 31.2 LPRL y 12 y siguientes RSP.
 - b. Poseerá competencias de dirección, pudiendo impartir instrucciones.

¹⁵⁷ **Vid** LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 267-285. En similar sentido la STS, Sala 2ª, de 14-7-1999 y las SSAP de A Coruña, Secc. 2ª, de 31-3-2008; de Álava, Secc. 2ª, de 14-3-2008; y de Vizcaya, Secc. 1ª, de 26-11-2002.

¹⁵⁸ En este sentido se consideró eficaz la delegación realizada por el alcalde a un ingeniero agrónomo responsable del cuidado de los parques municipales en la SAP de Madrid, Secc. 15ª, de 31-10-2008.

- c. Habrá de tener la información, el acceso a la documentación y contar con las directrices necesarias para realizar la labor que se le ha encomendado. En este sentido, se expresan los arts. 30.3 y 31.2 LPRL y 12 y siguientes RSP.
- d) El delegante deberá supervisar periódicamente, en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado, la actuación de este último. El delegante habrá de impartir instrucciones para el ejercicio satisfactorio de su función por el delegado, debiendo sustituirle, en caso de que su desempeño no fuese satisfactorio¹⁵⁹.

Si se cumplen estos presupuestos no hay duda de que **los técnicos de prevención**, ya sean trabajadores designados o miembros del servicio de prevención propio o ajeno, **pueden tener la condición de posibles sujetos activos** del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores. No comparto, por tanto, las reticencias que algunos componentes de la doctrina¹⁶⁰ y en general

¹⁵⁹ A este respecto LASCURAIN SÁNCHEZ, “La protección penal de la seguridad en el trabajo: penar menos y mejor”, *InDret*, Barcelona, Octubre de 2007, pág. 9, efectúa una interesante matización, con lo que me muestro de acuerdo, al observar que una cosa es la exclusión inicial de la tipicidad de la infracción del deber de vigilancia, por considerar que no tiene encaje en la expresión “facilitación de medios” del art. 316 CP, y otra diferente es la posible relevancia típica del deber de vigilancia en que se transforma para el delegante el deber de facilitación de medios en virtud de la propia delegación. Es decir, la delegación del deber de facilitación de medios transforma este deber en un deber de vigilancia del delegado, de modo que la infracción del deber de vigilancia del delegante sobre el delegado constituye a su vez infracción del deber de facilitar medios. Responde de esta forma LASCURAIN SÁNCHEZ a HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 271 y siguientes, quien se había manifestado a favor de la atipicidad de la vigilancia del delegante en el ámbito de los delitos de riesgo en virtud de su interpretación de la alocución típica “facilitar los medios”.

¹⁶⁰ Dentro de la doctrina científica, han proclamado la capacidad de los técnicos de prevención para ser sujetos activos del delito previsto en el art. 316 CP autores como MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 418-426; TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, *ob. cit.*, pág. 76; DE VICENTE MARTÍNEZ, “Sujetos responsables de la seguridad y salud laboral en el trabajo en el ámbito laboral y penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Penal*, nº

los Tribunales¹⁶¹ han manifestado al respecto. Cumplen con claridad los tres requisitos precisos para poder ser autor del art. 316 CP: 1) están **“legalmente”** obligados, siempre y cuando reciban eficazmente el deber de seguridad de su deudor originario a través del mecanismo de la delegación; 2) deben facilitar los **“medios”** precisos a los trabajadores para que acometan sus labores con las medidas de seguridad y salud previstas por esta misma normativa de **prevención de riesgos laborales**; y, 3) los **“medios”** que **“legalmente”** deben facilitar para proteger a los trabajadores son aptos para poner en riesgo grave su vida, salud o integridad física.

Las voces que se han pronunciado en contra de la imputación de los técnicos de prevención, o al menos han expresado sus dudas al respecto, se basan generalmente en las referencias que contiene la LPRL –art. 31- a su función de asesores o colaboradores del empresario, pero lo normal es que ejerzan

12, 2003, págs. 333 y siguientes; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 257-260; o BAJO FERNÁNDEZ, M. /BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, *ob. cit.*, pág. 700. Otros como, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 329-330; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, *“La prevención penal...”*, *ob. cit.*, págs. 580-582; han manifestado ciertas dudas para acabar concluyendo que sí podrán ser autores de este delito si cuentan con la suficiente delegación de poderes. Mientras que un tercer grupo de tratadistas, consideran que **no pueden ser sujetos activos del art. 316 CP**: BARTOMEUS PLANA, D., *“El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo”*, en ROJO TORRECILLA, E. (Coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 240-241; NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, *“La autoría...”*, *ob. cit.*, págs. 985-986; GÓMEZ MARTÍN, *“El enigmático art. 318 CP”*, en *Protección penal...*, *ob. cit.*, pág. 251, opina que **“sólo podrá responder, a lo sumo, como cooperador”**.

¹⁶¹ Son muy escasas las Sentencias condenatorias a técnicos de prevención, entre estas podemos citar las siguientes: la STS Sala 2ª 26-7-2002; y las SSAP de Santa Cruz de Tenerife Secc. 2ª de 5-10-2006; de Barcelona Secc. 5ª de 23-7-2007; de Cádiz Secc. 1ª de 24-10-2007; de Barcelona Secc. 5ª de 30-6-2008; de Cádiz Secc. Algeciras de 9-9-2008; de Sevilla Secc. 7ª de 17-2-2009; y de Burgos, Secc. 1ª, de 8-4-2010. Una de las razones por las que son tan limitadas las imputaciones a estos sujetos radica en que son también muy raras las veces que la Fiscalía los incluye en sus escritos de acusación; como se halla explicitado en la cercana Circular 4/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de siniestralidad laboral.

funciones ejecutivas y que proporcionen directamente a los trabajadores medidas de seguridad y salud. Según hemos visto el empresario no sólo *“puede”*, sino que en la mayor parte de los casos *“debe”* designar a técnicos de prevención para que, a través de las diferentes modalidades previstas, planifiquen y acometan la actividad preventiva de la empresa. Esta actividad la desarrollarán por sí mismos como especialistas que son, sujetos por supuesto, como cualquier delegado, al control y, en su caso, aprobación, del empresario o sus administradores, pero resulta innegable que en sus labores de planificación de prevención de los riesgos, de información y formación de los trabajadores, de vigilancia de su salud o de prestación de primeros auxilios, van más allá del mero asesoramiento y se constituyen en auténticos instrumentos del empresario para que éste pueda cumplir de forma eficaz su deber de protección.

De hecho, con respecto a los servicios de prevención ajenos, el art. 19 RSP establece que *“asumirán directamente”* las funciones que se hubieran concertado, responsabilizándose directamente de ellas. Y, en cuanto a los servicios de prevención propios, el art. 15.1 RSP los conceptúa como *“una unidad organizativa específica y sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo”*, para agregar en el apartado 2 que *“deberán contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa”*, lo que da buena cuenta de su carácter especializado, de su capacidad organizativa autónoma y de sus facultades para realizar por sí las actividades preventivas.

Negar su capacidad para ser autores del delito contra la seguridad y salud laboral resulta incomprensible, limitando, como en parte ya está sucediendo, la eficacia preventiva del delito, al eximir a priori del mismo a unos de sus actores

principales. Pongamos un **ejemplo** para procurar poner esto de relieve: una empresa constituye un servicio prevención propio, contratando a todos los expertos necesarios que cumplen sobradamente los requisitos de capacitación establecidos en la normativa de aplicación, disponen de todos los medios precisos para desarrollar su labor y poseen toda información y documentación necesaria. Los titulares de la empresa, a través de sus administradores y en la medida en que les resulta posible -pues sus conocimientos en materia de prevención de riesgos laborales son superficiales, la normativa no les exige otra cosa- supervisan periódicamente la actuación del servicio de prevención, aprobando aquellas medidas que éste les propone y así lo requieren –como puede ser el caso del plan de prevención de riesgos laborales-. Pues bien, supongamos que la formación que este servicio prevención está proporcionando a un concreto trabajador sea insuficiente para los riesgos que amenazan su puesto de trabajo, situándolo en una posición de riesgo grave y concreto para su integridad física, y que no sea exigible que esto fuera advertido por los administradores de la empresa en sus funciones de control. En este caso, ¿quién respondería penalmente?, ¿los administradores de la empresa en los que no concurre la preceptiva culpabilidad?, ¿nadie, puesto que la labor del servicio de prevención propio es únicamente la de asesorar a la empresa? Creo que la respuesta no puede ser otra que la persona o personas del servicio de prevención responsables de haber proporcionado una formación adecuada al trabajador y, en su caso, a los directivos del servicio que hubieran debido apreciar esta deficiencia a través de sus funciones de control.

Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto y determinar caso por caso si se cumplen los cuatro requisitos antes reseñados, como con cualquier otro sujeto, pero nada impide reconocer la capacidad de los técnicos de

prevención para ser sujetos activos del delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral.

2. Delegados especiales: los coordinadores de actividades empresariales y los recursos preventivos.

Dentro de la organización de la actividad preventiva, la LPRL regula dos figuras con funciones específicas en materia de prevención: los coordinadores de actividades empresariales y los recursos preventivos. El empresario podría acometer por sí mismo el ejercicio de estas funciones, siempre y cuando estuviese en posesión de la capacitación requerida, pero lo habitual es que, a través del mecanismo de la delegación, sean encomendadas a otras personas. Analizaremos a continuación cuáles son sus competencias, a fin de determinar su capacidad para poder ser sujetos activos del delito contra la seguridad y salud laboral.

2.1. Los coordinadores de actividades empresariales.

El art. 24 LPRL señala que, cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de 2 o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores. En la construcción, son los arts. 11 c) y 12. 1 d) del RD 1627/1997 quienes asientan dichas obligaciones, al exigir a contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos el cumplimiento de la normativa de

prevención, teniendo en cuenta, en su caso, las obligaciones sobre coordinación de actividades previstas en el citado art. 24 LPRL.

El art. 13 del RD 171/2004, por el que se desarrolla el art. 24 LPRL, establece que, entre los distintos medios de coordinación posibles, **la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas** se considerará medio de coordinación preferente, cuando concurran dos o más condiciones de las cuatro que relaciona. Considero que en las obras de construcción, tanto por la peligrosidad de la actividad, como por la especial complejidad para la coordinación de sus acciones preventivas, sería necesario la instauración por parte del contratista de personal a su cargo que realice la función de coordinador de actividades preventivas, en colaboración estrecha con el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. De modo que al primero le corresponda una labor de coordinación vertical, entre sus trabajadores y los de las empresas subcontratistas o los trabajadores autónomos contratados por la contratista, y al coordinador de seguridad y salud una coordinación horizontal, de los coordinadores de las empresas contratistas que participen en la obra.

¿Y pueden integrarse estos coordinadores de actividades empresariales en el círculo de autores idóneos del delito contra la seguridad y salud laboral? En mi opinión, y siempre y cuando posean un dominio suficiente sobre los hechos y se cumplan el resto de requisitos para la eficacia de la delegación, la respuesta ha de ser afirmativa porque ya hemos dejado sentado que la coordinación se halla **entre los “medios” de prevención de riesgos “necesarios” para impedir que los trabajadores puedan verse amenazados por riesgos graves para su vida, salud o integridad física.**

2.2. Los recursos preventivos.

Este agente preventivo fue introducido a través de la Ley 54/2003 y, en el ámbito de las obras de construcción, la **función** principal de los recursos preventivos es “*vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de éstas*”, en virtud de lo previsto en el apartado c), párrafo 1, de la Disposición Adicional decimocuarta LPRL. **Guardan, por tanto, semejanza con la antigua figura del “vigilante de seguridad”** que contemplaba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9-3-1971, derogada por la LPRL.

Comoquiera que se ha señalado que la vigilancia del cumplimiento por parte de **los trabajadores de las medidas preventivas no puede estimarse “medio”** ex art. 316 CP, habrá que considerarlo excluido de entre los posibles sujetos activos de este delito. Si bien, nada impide que se pueda imputar a los recursos preventivos por los delitos de resultado en caso de incumplimiento culpable de sus obligaciones, si se cumpliesen las prescripciones legalmente establecidas.

Sin embargo, no podemos olvidar que la Jurisprudencia mayoritaria –y una buena parte de la doctrina- estiman que la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad se integra dentro del tipo del art. 316 CP, por lo que causa extrañeza que en consecuencia no se produzcan condenas contra este agente preventivo. La razón principal no es otra que el Ministerio Fiscal ha convenido no incluirlos entre sus escritos de acusación, si bien hasta la reciente Circular

4/2011 era una cuestión que venía suscitando dudas entre los Fiscales especialistas en la materia¹⁶².

¹⁶² **Vid** a este último respecto las Memorias Anuales de la Fiscalía General del Estado, en las que se da cuenta de las reuniones anuales de Fiscales especialistas en siniestralidad laboral: especialmente las Memorias Anuales de 2008 y 2010, págs. 617 y 816, respectivamente: http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967610&language=es&pagename=PFiscal%2FPa ge%2FFGE_sinContenido En cuanto a la Circular 4/2011, **vid** pág. 10.

V. DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN LOS CASOS DE INTERVENCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS: EL ART. 318 CP.

El Título XV CP “*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*” finaliza con un precepto que pretende complementar a los diversos delitos que se incluyen en dicho Título en el caso de que la conducta típica se haya realizado en el marco de personas jurídicas. Es el **art. 318 CP**, que literalmente dispone:

“Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.

La primera parte del precepto recoge una cláusula de determinación de la autoría en los casos de actuación en nombre o representación de otro, muy similar a la tipificada en el art. 31 CP de la Parte General del Código; y la segunda parte del artículo introduce lo que a primera vista parece una cláusula de atribución de responsabilidad por omisión, que guarda cierta semejanza con la regulación de la comisión por omisión efectuada por el art. 11 CP, también de la Parte General.

Abordaremos, a continuación, un estudio de cada una de estas cláusulas, sus relaciones con sus “homólogos” de la Parte General y cómo creemos que habrían de interpretarse.

1. El art. 318 y la actuación en nombre de otro.

Como la doctrina¹⁶³ se ha encargado de reflejar el art. 318 CP presenta algunas diferencias con el art. **31 CP**. En concreto, estas **disparidades** son las siguientes:

- a) El art. 318 CP se limita a los hechos efectuados en el seno de personas jurídicas; mientras que el art. 31 CP incluye también al empresario persona física.
- b) El art. 318 CP contiene expresamente al encargado del servicio, que no menciona el art. 31 CP.

Comoquiera que el art. 318 CP posee condición de *lex specialis*, se debe aplicar con preferencia al art. 31 CP de conformidad con lo preceptuado por el art. 8.1 CP¹⁶⁴. ¿Significa esto que cuando el empresario sea persona jurídica podrá ser autor idóneo el encargado del servicio y si es una persona física no? No se puede defender esta conclusión, por arbitraria y discriminatoria, lo que expresamente proscribe nuestra Constitución en sus arts. 9.3 y 14.

¹⁶³ Cabe citar, entre otros, a DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores “atribuidos a una persona jurídica”. Consideraciones de *lege ferenda*”, *Revista General de Derecho penal*, 9, 2008, págs. 7-18; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, págs. 113 y siguientes; GÓMEZ MARTÍN, “El enigmático...”, *ob. cit.*, págs. 259-262; y a MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 426-433.

¹⁶⁴ La STS Sala 2ª de 29-7-2002 así lo declara expresamente.

¿Y entonces cómo salvamos este obstáculo? Pues simplemente entendiendo, como ya efectúa la mayor parte de la doctrina¹⁶⁵ y está pacíficamente admitido por la Jurisprudencia¹⁶⁶, que el art. 31 CP abarca igualmente a los encargados del servicio, acudiendo a una interpretación material del “*administrador de hecho*” que explícitamente cita el artículo. De este modo, el art. 318 CP tendría una finalidad aclaratoria y de mejora de la taxatividad, para despejar cualquier posible duda sobre el carácter de *intraneí* de los encargados del servicio. Y ello por cuanto, por “*encargados del servicio*” en el delito que nos ocupa habrá de entenderse a los técnicos de prevención, prácticamente imprescindibles en el ámbito de las personas jurídicas¹⁶⁷ para desarrollar la actividad preventiva. Sin embargo, más sentido tendría a mi juicio que el legislador hubiese aclarado en el precepto de la Parte General la inclusión de los encargados del servicio como posibles responsables de los delitos especiales cuando actúan en nombre de otros.

En **conclusión**, estimo que no existen diferencias en lo que concierne a la intervención en representación de otros entre el art. 31 CP y el art. 318 CP y, por tanto, entre los casos en los que el empresario es persona física y aquéllos en que es persona jurídica.

¹⁶⁵ Así, y entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico...*, *ob. cit.*, págs. 116-123; o NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, “La autoría...”, *ob. cit.*, págs. 967-968.

¹⁶⁶ El Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 10-5-1980, viene considerando sujetos activos del delito a todas las que ostenten mando o dirección técnicos o de ejecución en la empresa y tanto se trate de mandos superiores como de intermediarios o subalternos, incluso de hecho.

¹⁶⁷ De esta misma opinión son AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 269 y siguientes; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, *ob. cit.*, págs. 700-702; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 290-294; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, *ob. cit.*, pág. 70; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo...*, *ob. cit.*, págs. 79 y siguientes.

No obstante, hay autores que han tratado de hallar un sentido al art. 318 CP y aprecian diferencias entre el empresario persona física y el empresario persona jurídica. Resalto, a este respecto, la teoría postulada por MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en virtud de la cual *“la mencionada complementariedad entre las previsiones de los arts. 31 y 318 CP, supone que el sujeto activo puede ser, si el empresario es una persona física, el propio empresario, su representante o quien actúe en su nombre; y, si se trata de una persona jurídica, los posibles responsables serán su administrador de hecho o de derecho o el encargado del servicio de protección frente a los riesgos laborales”*¹⁶⁸.

Debo disentir de este criterio por considerarlo excesivamente formalista. No cabe descartar a priori la idoneidad de los titulares de las personas jurídicas, por ser la empresa una fuente de riesgos que les pertenece y de la que se benefician, y por ser ellos quienes han desatado el riesgo originariamente y lo mantienen (injerencia). En el caso de empresas de gran tamaño o, en general, en todos aquellos casos en que los dueños o titulares de la empresa no tengan dominio sobre el deber de seguridad, por no ostentar de hecho el suficiente poder de dirección y organización, no se les podrán imputar los riesgos que sufran los trabajadores; pero nada justifica su exoneración con carácter general y previo.

¹⁶⁸ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra...”, *ob. cit.*, págs. 428-429.

2. ¿Una cláusula de responsabilidad por omisión?

A continuación de la cláusula de actuación en nombre de otro, el art. 318 CP agrega lo que parece un nuevo modo de extensión del catálogo de posibles sujetos activos de los delitos contra los derechos de los trabajadores. Reza esta coletilla que, cuando los hechos se atribuyesen a personas jurídicas se puede aplicar la misma pena **del autor**, “*a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello*”.

Como señala DOPICO¹⁶⁹ esta cláusula parece un extraño **híbrido** entre la comisión por omisión y la omisión pura. No puede ser un tipo de comisión por omisión de los previstos en el art. 11 CP, porque sólo cabe en los delitos puros de resultado y el delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es un delito de peligro¹⁷⁰. Pero tampoco puede ser un delito de omisión propia en sentido estricto, porque estos, como sucede en la omisión del deber de socorro, se basan en un deber general de solidaridad exigible a cualquier persona, y no puede sostenerse que en un delito especial como el que nos ocupa, motivado por el deber de seguridad que recae sobre el empresario por ser él quien ha desatado la fuente de riesgos.

Sería inadmisibile que cualquiera pudiese ser considerado responsable de las situaciones de peligro de los trabajadores, sin poseer una posición de garante, pues se vulneraría el principio de competencia. Resultaría, además, contrario al

¹⁶⁹ Vid DOPICO GÓMEZ-ALLER, “¿Qué salvar...”, *ob. cit.*, págs. 18-29.

¹⁷⁰ No obstante, este mismo autor DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Comisión por Omisión”, en *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 53, observa que, en ocasiones, la Jurisprudencia ha aplicado directamente la cláusula del art. 11 a delitos que no consisten en la producción de un resultado, citando las SSTS Sala 2ª de 12-1-1998 (complicidad en abusos sexuales), de 11-12-1998 (tráfico de drogas), o de 2-9-2003 (estafa).

principio de proporcionalidad el que cualquier otro distinto al empresario y sus encargados estuviese sujeto a la misma pena que estos. Y, finalmente, no se sostendría, por atentar contra el principio de igualdad, que esta ampliación de la autoría fuera del ámbito de la empresa se aplicase cuando éstas fuesen personas jurídicas y no, por no estar dentro del ámbito de aplicación del art. 318 CP, cuando se tratase de personas físicas. Pero, si no es una cláusula de responsabilidad por omisión, ¿qué es?

Dentro de la dogmática, HORTAL IBARRA¹⁷¹ baraja la posibilidad de que este **inciso del art. 318 CP pueda hacer referencia no a “cualquier” sujeto, sino a los “legalmente obligados” distintos al empresario previamente analizados, como los Inspectores de Trabajo, los delegados sindicales o los miembros del Comité de Seguridad y Salud a los que se faculta con la facultad de paralizar la actividad si advierten la concurrencia de riesgo grave e inminente. Sin embargo, concluye con razón que no cabe tal extensión de la autoría porque estos sujetos no gozan del necesario dominio sobre la fuente del riesgo, ni puede estimarse que la posibilidad de paralizar la actividad constituya un “medio” ex art. 316 CP.**

No obstante, en el ámbito de la Jurisprudencia¹⁷² -y también en algún sector minoritario de la doctrina¹⁷³-, ha calado la interpretación de que esta segunda cláusula del art. 318 CP supone una extensión del círculo de sujetos activos que

¹⁷¹ HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, ob. cit., págs. 295-298.

¹⁷² Entre otras, SSAP de Castellón Secc. 1ª de 10-6-2005; de Cádiz Secc. 4ª de 4-6-2006; de Almería Secc. 3ª de 24-10-2006; de Madrid Secc. 16ª de 14-4-2007; de Burgos Secc. 1ª de 5-10-2007; y de Las Palmas Secc. 1ª de 27-1-2011. Ya en un sentido muy similar se había pronunciado el TS antes del CP 1995: SSTs, Sala 2ª, de 10-5-1980; de 12-5-1981; y de 30-3-1990.

¹⁷³ Así se manifiestan, por todos, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ELLACURÍA BERRIO e ITURRATE ANDECHAGA, *La responsabilidad penal en los accidentes de trabajo*, Tro, Valencia, 1999, pág. 52.

abarcaría a cualquiera que conociera los hechos y pudiendo hacer algo para evitarlos no lo hubiera hecho. Observan atinadamente MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO¹⁷⁴ que esta concepción amplia de la Jurisprudencia dimana de doctrina sentada por el TS con anterioridad a la promulgación de la LPRL, del actual CP y del RD 1627/1997.

DOPICO¹⁷⁵ efectúa un interesante estudio del precedente normativo al art. 318 CP, para alcanzar a comprender qué razones pueden haber movido al legislador a colocar esta polémica cláusula al final del precepto. Este antecedente no es otro que el art. 499 bis in fine del ACP de 1973, cuyo tenor literal transcribo, acompañado del art. 318 CP, para facilitar su comparación:

Art. 499 bis in fine ACP 1973	Art. 318 CP 1995
<p><i>Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran <u>cometido o que,</u> conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlo.</i></p>	<p><i>Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido <u>responsables de los mismos y a quienes,</u> conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello.</i></p>

¹⁷⁴ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Guía Indret Penal de la Jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales, *Indret* 2/2009, Barcelona.

¹⁷⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “¿Qué salvar...”, *ob. cit.*, págs. 23-24.

Como se puede comprobar, aunque la redacción de ambos preceptos es muy similar, la diferencia es notoria. El art. 499 bis in fine del ACP de 1973 responsabilizaba a los administradores y encargados del servicio que hubieran realizado por sí mismos la conducta típica o a estos mismo sujetos cuando, incumpliendo sus deberes de control y organización, conocieran los hechos sancionables y no hubieran adoptado medidas para su remedio, lo que resulta muy razonable. Sin embargo, el art. 318 CP, aventura DOPICO¹⁷⁶, en lo que podría ser un error de transcripción motivado por finalidades meramente estilísticas, inserta una extensión de la responsabilidad cuyo tenor literal resulta inaceptable; lo que le lleva a abogar porque la lectura más acertada sea la de la responsabilidad por ilícita tolerancia de los hechos, por incumplir un deber de control para impedir su comisión. Es decir, habrían de responder los administradores y encargados del servicio por haber quebrantado uno de los deberes que mantiene como delegante del deber de seguridad: controlar periódicamente la labor desempeñada por los delegados. Esta visión le lleva a efectuar una propuesta de *lege ferenda* en este sentido que, lamentablemente, no ha sido acogida en la reciente reforma del CP.

Con todo, esta interpretación del precepto, por más que esté cargada de razón, tiene un encaje excesivamente forzado con la literalidad del precepto, entrando en contradicción con el derecho fundamental a la legalidad penal, ya que **mediante el uso de la conjunción copulativa “y” seguida del pronombre “quienes”, expresa con claridad el tipo que se refiere a personas distintas a los**

¹⁷⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “¿Qué salvar...”, *ob. cit.*, págs. 24-32.

administradores y a los encargados del servicio¹⁷⁷. **En mi opinión**, una lectura más conforme con este tenor literal del precepto, sería entender que la extensión de la autoría comprende a los administradores y a los encargados del servicio de hecho, mientras que la primera parte del artículo se referiría a los de derecho. Es decir, el art. 318 CP estaría imputando responsabilidad penal a los administradores o encargados del servicio de derecho y a quienes de hecho lo fueren y, conociendo los hechos, pudieren solventarlos.

Esta comprensión de la cláusula extensiva final del art. 318 CP sería conforme con una interpretación histórica basada en el referido art. 499 bis in fine del ACP 1973, que reserva la imputación a los administradores y encargados del servicio, en cuanto titulares de una posición de dominio que no ostentarían otros sujetos. Aunque el art. 499 bis in fine del ACP 1973 no era aplicable al equivalente al art. 316 CP del anterior Código Penal, el art. 348 bis a), no cabe duda de que ha servido de inspiración al art. 318 CP, por lo que resulta defendible su utilización como antecedente histórico de interés para interpretar el verdadero sentido y alcance del precepto actualmente vigente.

Por otro lado, esta percepción de la cláusula que nos ocupa se deriva de una interpretación sistemática de la disposición, al leerla a la luz de los dos preceptos aplicables de la Parte General: los arts. 11 y 31 CP. Aunque he apuntado que el art. 11 CP no es estrictamente aplicable, por cuanto se refiere a delitos de resultado; no es descabellado afirmar que, en cierta medida, el art.

¹⁷⁷ Como señala GÓMEZ MARTÍN, “El enigmático...”, *ob. cit.*, pág. 263, el debate parlamentario mantenido durante la aprobación del CP viene a demostrar la voluntad del legislador de diferenciar ambos conceptos, pues se desestimó la enmienda propuesta por IU de derogar el art. 318 CP bajo el argumento de que el “*encargado del servicio*” no estaba incluido en la expresión “*administrador de derecho o de hecho*”.

316 CP se puede calificar como un delito de resultado “*impuro*”, en el que éste sería la situación de peligro grave y concreto para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Siendo así, sólo podría imputarse dicho resultado a los que gozasen de una posición de garante, en la que se encontrarían los administradores y encargados del servicio, ya lo sean *de iure* o *de facto*. Igualmente, esta visión del artículo sería plenamente coincidente con lo previsto en el art. 31 CP, que expresamente cita tanto a los administradores y representantes de hecho como a los de derecho.

Es justo admitir que esta noción del art. 318 CP lo convierte en absolutamente superfluo, y así lo viene entendiendo la mayor parte de la doctrina¹⁷⁸. Pero, como hemos expuesto, cualquier otra interpretación incurre en consecuencias más indeseables que ésta; y, por otra parte, no se alcanza a conocer qué razones pueden justificar un tratamiento específico distinto del contemplado en la Parte General para determinar la autoría cuando los hechos se perpetran a través de personas jurídicas.

Por último, debemos manifestar nuestra incompreensión por la no inclusión de los delitos tipificados en los arts. 316 y 317 CP entre los susceptibles de generar responsabilidad penal de las personas jurídicas, por parte de la reciente reforma operada en el CP a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, cuando se trata de infracciones habitualmente cometidas en el seno de empresas y otras

¹⁷⁸ De esta opinión son, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, *ob. cit.*, págs. 269 y siguientes; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, *ob. cit.*, págs. 666 y siguientes.; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, *ob. cit.*, pág. 70; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo*, *ob. cit.*, págs. 79 y siguientes; LASCURAIN SÁNCHEZ, “La prevención penal...”, pág. 379. LASCURAIN afirma que puede tener una función de “*recordar*” a los jueces la importancia de la cláusula de actuar en lugar de otro en un ámbito como el de los delitos contra los derechos de los trabajadores, donde es habitual que los autores desempeñen su conducta en el seno de personas jurídicas.

personas jurídicas. Quizás, como apunta MUÑOZ CONDE¹⁷⁹, haya de achacarse esta ausencia a un mero olvido del legislador penal.

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 354.

VI. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUJETOS ESPECÍFICOS DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN.

Hemos concluido en los apartados precedentes, al igual que la práctica totalidad de la doctrina y la Jurisprudencia, que son autores idóneos del delito contra el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores tanto el empresario, como único deudor originario del deber de protección, como sus encargados, a través del mecanismo de la delegación.

Sin embargo, avanzo que este trabajo se aparta de la línea mayoritariamente seguida por la dogmática y los Tribunales al aplicar esta premisa al ámbito de la construcción, especialmente por lo que respecta al tratamiento dispensado al promotor y a sus delegados: proyectista, redactor del estudio de seguridad y salud, dirección facultativa y coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. Vayamos por partes, analizando uno a uno a los distintos agentes con competencias en materia de seguridad y salud laboral en las obras de construcción.

1. Los empresarios de la construcción: contratistas y subcontratistas.

Es una peculiaridad propia del sector de la construcción la circunstancia de que la actividad principal de sus empresas se realice en centros de trabajo temporales, ajenos a las empresas que en ellas intervienen, y únicos, nunca iguales unos a otros: las obras. El carácter temporal de las obras es evidente, ya duren unos pocos meses o unos años, son por esencia provisionales. En cuanto a la titularidad del centro de trabajo, si bien ésta corresponde al promotor, no es menos cierto que no es su centro de trabajo habitual, en el que desarrolla su

actividad empresarial ordinaria, y que no es el empresario de los trabajadores de la obra. Y, finalmente, son centros de trabajo únicos e irrepetibles, por las específicas circunstancias físicas del lugar en que se hallan, por las características propias del objeto a construir, así como por la participación de numerosas empresas, trabajadores autónomos y técnicos, en diferentes momentos del proceso constructivo, vinculados por las más diversas relaciones jurídicas.

Esta singularidad del sector de la construcción ha provocado que el legislador haya optado por un **régimen dual** en materia de prevención de riesgos laborales: por un lado, mediante el régimen general aplicable a todas las empresas –fundamentalmente regulado por la LPRL y el Reglamento de los Servicios de Prevención¹⁸⁰ (RSP)-, y, por otro lado, a través de un régimen específico para las obras de construcción –cuya principal norma es el RD 1627/1997-. En palabras de DURÁN LÓPEZ, TUDELA CAMBRONERO y VALDEOLIVAS GARCÍA¹⁸¹: *“Una empresa del sector, en su actividad cotidiana, se encuentra plenamente sujeta a la normativa preventiva general; pero esa misma empresa, al intervenir en una concreta obra, quedará bajo el ámbito de aplicación de la normativa específica de las obras de construcción. Normativa específica que no lo es de las empresas que operan en el sector sino cuando intervienen en obras de construcción”*.

¹⁸⁰ El Reglamento de los Servicios de Prevención se aprobó por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

¹⁸¹ DURÁN LÓPEZ, TUDELA CAMBRONERO y VALDEOLIVAS GARCÍA, *Informe sobre...*, ob. cit., pág. 154.

Así se desprende de la Exposición de Motivos del RD 1627/1997, cuando indica que *“el Real Decreto establece mecanismos específicos para la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención”*. Además, de por el hecho de que la LPRL no excluye de su ámbito de aplicación a las obras de construcción; ni parece que ello fuera posible, dado el carácter universal que preconiza dicha Ley tanto en su Exposición de Motivos como en su art. 3.

Adquiere este planteamiento un especial interés si se tiene en cuenta que, como afirman DURÁN LÓPEZ, TUDELA CAMBRONERO y VALDEOLIVAS GARCÍA, *“la excesiva atención y vigilancia sobre lo que ocurre en las obras de construcción... puede estar determinando una cierta desatención al efectivo cumplimiento de las obligaciones preventivas en las empresas”*¹⁸². Si tanto las autoridades –incluidas las judiciales- como las propias empresas constructoras pusieran un mayor énfasis en el efectivo cumplimiento de las obligaciones preventivas generales residenciadas en la LPRL y el RSP, se conseguirían empresas con una mejor organización preventiva, lo que necesariamente tendría un positivo reflejo en la gestión de la prevención de los riesgos laborales en las concretas obras en que intervengan.

1.1. Los contratistas.

En cuanto empresarios principales, y primordiales deudores del deber de protección de los trabajadores de la construcción, los contratistas son la **pieza**

¹⁸² DURÁN LÓPEZ, TUDELA CAMBRONERO y VALDEOLIVAS GARCÍA, *Informe sobre..., ob. cit.*, pág. 155.

clave del complejo engranaje de agentes con atribuciones en materia de seguridad y salud laboral en este sector. Y ello por cuanto todos los trabajadores de la obra a quienes ampara el régimen de prevención de riesgos laborales –o una buena parte, si concurren varios contratistas principales-, se encuentran bajo su salvaguarda, bien por estar unidos directamente a ellos por contrato laboral o mercantil¹⁸³, bien por depender de las subcontratas con las que responden solidariamente de las infracciones al deber de protección.

Del adecuado acatamiento por los contratistas de sus deberes de protección depende en gran medida la posibilidad de reconducir las dramáticas cifras de siniestralidad del sector de la construcción a unas tasas que se compadezcan con el nivel de desarrollo de nuestro país. Es cierto que en los últimos tiempos se han producido no pocos avances entre las empresas del sector, pero no lo es menos que resta aún un largo camino que recorrer.

Son numerosas las normas jurídicas que contienen definiciones legales de los contratistas¹⁸⁴, si bien todas ellas, de forma básicamente idéntica, lo conceptúan como la **persona física o jurídica que asume**, contractualmente ante el promotor, **el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, la totalidad o parte de las obras** con sujeción al proyecto y al contrato. Su condición de empresario, a efectos de la legislación de prevención de riesgos laborales, se establece expresamente en el art. 2.2 RD 1627/1997.

¹⁸³ En el caso de los trabajadores autónomos a quienes contrate la ejecución de parte de la obra, según el art. 11.2 RD 1627/1997.

¹⁸⁴ **Vid** el art. 11. 1 LOE; el Anexo III del CTE; el art. 3 e) LSSC; o el art. 2.1 h) RD 1627/1997.

No obstante, en el sector de la construcción está muy extendida la figura del promotor-constructor, por lo que la ley¹⁸⁵ aclara que cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista. Asimismo, cuando contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, se tendrá el promotor por contratista respecto de aquéllos, salvo cuando se contrate por un cabeza de familia para la construcción o reparación de su vivienda¹⁸⁶.

Por otro lado, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas (UTE) que no ejecute directamente la obra, lo que es muy frecuente en la obra pública, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute¹⁸⁷.

Las obligaciones preventivas son, con arreglo al sistema dual antes señalado, las de cualquier empresario más las **específicamente** aplicables en cada obra de construcción. De ellas destacaría las siguientes:

- 1) Por lo que respecta a la planificación preventiva, cada contratista debe elaborar un **plan de seguridad y salud en el trabajo** (en adelante PSST) en el que se analicen, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico (ESS a partir de ahora) -que debe encargarse de redactar el promotor-, en función de su propio sistema de ejecución de la obra. El PSST es el instrumento básico para la ordenación

¹⁸⁵ **Vid** art. 3 e) LSSC.

¹⁸⁶ Así lo indica el art. 2.3 RD 1627/1997.

¹⁸⁷ En este sentido se expresa el art. 3 e) LSSC.

de la actividad preventiva en la obra¹⁸⁸, debiendo cumplirlo los contratistas y hacerlo cumplir a su personal, lo que confirma su posición de deudores primarios de la protección efectiva de la seguridad y salud en la obra.

2) Su obligación legal de **cumplir las instrucciones del coordinador de seguridad y salud y de la dirección facultativa**.

El art. 11.1 e) del RD 1627/1997 recoge la obligación de los contratistas de atender las indicaciones y cumplir las instrucciones preventivas del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa. De igual modo, el art. 14 RD 1627/1997 faculta al coordinador, junto con los componentes de la dirección facultativa, a dar instrucciones a los contratistas, cuando, en el ejercicio de sus tareas, observasen el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud.

¿Supone este deber de cumplimiento de instrucciones de terceros una pérdida del poder de organización y dirección que le corresponde al contratista en cuanto a empresario, hurtándole su posición de **dominio** y, consiguientemente, debiendo provocar su exoneración de toda responsabilidad **ex** art. 316 CP? La respuesta a este interrogante no puede ser más que negativa, por las siguientes razones:

- a) El art. 11.3 RD 1627/1997 literalmente preceptúa que: ***“Las responsabilidades de los coordinadores, de la dirección facultativa y del***

¹⁸⁸ En este sentido se expresa el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, a través de la Guía Técnica del RD 1627/1997, pág. 30.

promotor no eximirán de sus responsabilidades a los contratistas y a los subcontratistas”.

- b) El contratista es empresario, al estar vinculado por una relación laboral con los trabajadores, que están sujetos al igual que cualquier otro trabajador al poder de dirección y organización de su empleador. De hecho, es evidente que en el caso de que los trabajadores recibiesen órdenes contradictorias del coordinador o de la dirección facultativa, por un lado, y de su empleador o un representante de éste, por otro, observarían estas últimas por la simple razón que sólo estos pueden reportarles consecuencias negativas en caso de incumplimiento: desde el despido hasta un tratamiento desfavorable en la promoción o retribución del trabajador.
- c) Las funciones de impartición de instrucciones de coordinadores y miembros de la dirección facultativa se fundamentan en sus cualificados conocimientos sobre el proceso constructivo en que intervienen, como técnicos con titulación habilitante suficiente según la legislación de atribuciones profesionales; lo que motiva que no deban adoptar una actitud pasiva en el caso de que, en el desempeño de sus respectivas funciones –que no son de vigilancia ni control de las medidas de prevención-, apreciaran el incumplimiento de medidas de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, debiendo dar instrucciones al contratista para su subsanación.

En conclusión, los contratistas son los principales obligados en materia de seguridad y salud en las obras de construcción, siendo titulares de una obligación completa de protección respecto de sus trabajadores o trabajadores

autónomos con quienes contraten y de un deber de coordinación respecto de los trabajadores de los subcontratistas o de los que, a su vez, contraten con otras empresas o trabajadores autónomos. El hecho de que estén sujetos a las instrucciones que puedan recibir de coordinadores de seguridad y salud y directores facultativos no limita esta responsabilidad, sino que, más bien, la **agrava, en cuanto su observancia supone un “medio necesario” más que deben** facilitar a los operarios para garantizar su vida, salud o integridad física, pudiendo dar lugar su incumplimiento a responsabilidad penal derivada del art. 316 CP.

Coincide con este criterio la **Jurisprudencia** de aplicación, existiendo numerosas condenas a contratistas o a sus representantes: jefes de obra y encargados de obra fundamentalmente, pero también administradores de hecho o de derecho, técnicos de los servicios de prevención (éstos en contadas ocasiones), etc.¹⁸⁹

A título ejemplo, la SAP de Vizcaya, Secc. 6ª, de 4-6-2008, señala que:

“Y da la casualidad que a la fecha de los hechos D. Carlos Ramón era administrador único de la mercantil Construcciones Cantábricas Siglo XXI S.L., y en consecuencia, como administrador de la contratista principal, aparecía como el primer obligado a la deuda de seguridad con los trabajadores tanto de la constructora como de la subcontratada.”

¹⁸⁹ En este sentido, cabe mencionar y entre otras las SSAP de Castellón Secc. 1ª de 10-6-2005; de Almería Secc. 3ª de 13-1-2006; de Burgos Secc. 1ª de 8-1-2008; de Cantabria Secc. 1ª de 24-7-2009; de Las Palmas de Gran Canaria Secc. 3ª de 16-3-2010; y de León Secc. 3ª de 13-12-2010.

Y referida a encargados de obra podemos citar la STS, Sala 2ª, de 27-4-1994, en la que se condena a un encargado por entender que le correspondían funciones de vigilancia, dirección y control de la obra, por lo que se le sancionó por haber encomendado un trabajo arriesgado a un obrero no cualificado, sin ordenar que le dieran instrucciones sobre el manejo y características de la grúa que finalmente ocasionó su muerte.

Tan solo insistir en las escasísimas Sentencias condenatorias a técnicos de prevención, según lo previamente expuesto. Estos agentes desempeñan un papel fundamental en la actividad preventiva de las empresas y una mayor atención del Derecho penal a su labor reportaría, sin duda, resultados positivos en la lucha contra la siniestralidad laboral.

1.2. Los subcontratistas.

Los subcontratistas son, al igual que los contratistas, los empresarios de las obras de construcción, como expresamente declara la Exposición de Motivos y el art. 2.2 RD 1627/1997.

El art. 3 f) LSSC define al subcontratista como la **persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra**, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.

Según el art. 2.1 j) *in fine* RD 1627/1997, cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena tendrá la consideración de contratista o subcontratista a efectos de dicho Real Decreto.

Como empresarios que son les corresponden las mismas obligaciones y responsabilidades preventivas que a cualquier otro empleador. Sin embargo, dado el mencionado carácter dual de la prevención de riesgos en las obras de construcción, están sujetos asimismo a unas **obligaciones de protección adicionales** en obra:

- 1) Cumplir y hacer cumplir a su personal lo establecido en el PSS.
- 2) Atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa.

En virtud de lo previamente expuesto, esto último no disminuye el deber de los subcontratistas de protección respecto de sus trabajadores y trabajadores autónomos que contraten, siendo responsables por no facilitarles los medios de prevención de riesgos exigibles por la normativa aplicable, poniendo así en peligro grave su vida, salud o integridad física, lo que les convierte en autores idóneos *ex* art. 316 CP.

También los **Tribunales de Justicia** se han pronunciado en ese sentido, y entre ellos cabe citar la STS (Sala 2ª) de 4-10-1993 y las SSAP de Madrid, Secc. 2ª, de 23-4-2007; de Burgos, Secc. 1ª, de 8-1-2008; de Murcia, Secc. 3ª, de 24-3-2008; y de Granada, Secc. 1ª, de 6-5-2009.

Así, por ejemplo, la **SAP de Cáceres, Secc. 2ª, de 11-12-2008** manifiesta que:

“El apelante no solo conocía de las carencias de la obra en materia de seguridad (ni plan, ni coordinador, ni medios, ni había comunicado a su mutua la realización de la obra) sino que, por su parte, tampoco se los facilitó a su trabajador. Insiste reiteradamente en que recibió la oportuna formación y se le entregaron elementos de protección, pero en el momento del accidente allí no apareció ninguno de tales elementos, ni arnés de sujeción, ni plataforma, ni nada salvo una simple escalera manifiestamente insuficiente y claramente peligrosa, y eso que, según dijo, había estado en la obra horas antes, por lo que conoció de tales carencias. Omitió normas de cuidado elementales que estaba obligado a cumplir, como extensamente se expone en la sentencia apelada y, por ello, su conducta imprudente no puede sino calificarse de grave.”

Por último, comentar la SAP de Cáceres, Sección 2ª, de 3-12-2010, que resulta de interés por cuanto modificó de dolosa a imprudente la conducta del representante de una subcontrata, porque la contratista no le facilitó información de que por el solar en que debía de realizar la obra encargada discurría una línea de alta tensión. Argumenta la Sala que: *“Ello, obviamente, no les eximía del deber de amparar en todo caso la seguridad de sus trabajadores, como razonadamente se expone en la sentencia de instancia pero, si no lo hicieron, no fue por despreciar un riesgo conocido o fácilmente previsible, sino porque no adoptaron la precaución de comprobar las circunstancias en las que iba a desarrollarse un trabajo que para ellos, no representaba en principio un riesgo especial, comportamiento negligente (o, si se quiere, error sobre un elemento del tipo cual es la naturaleza de las medidas*

de seguridad que hubiera sido necesario adoptar, provocado por falta de información sobre un riesgo no habitual en un solar urbano, vencible pues para ello bastaba una visita al lugar de trabajo; artículo 14.1 inciso segundo del Código Penal), que nos conduce a la aplicación del delito tipificado en el artículo 317 del Código Penal”.

Considero acertada la decisión, por cuanto el art. 7.1 RD 171/2004 expresamente obliga al empresario titular a informar a los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo, incidiendo el incumplimiento de este deber en la capacidad del subcontratista de evitar el riesgo.

2. El promotor: ¿es empresario?, ¿está “legalmente” obligado a facilitar medios de prevención de riesgos laborales?

Los arts. 3 b) LSSC y 2.1 c) RD 1627/1997 definen al promotor como “*cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra*”. Más completa resulta la definición prestada por el art. 9.1 de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación (LOE) al disponer que “*será considerado promotor **cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título***”.

El promotor, en cuanto tal¹⁹⁰, **no puede ser considerado empresario** a efectos de la legislación de prevención de riesgos laborales, puesto que no tiene trabajadores en obra que se hallen dentro de su ámbito de organización y dirección. Los técnicos que debe contratar para la redacción del proyecto, desempeño de la coordinación de seguridad y salud y ejercicio de la dirección facultativa, además de que generalmente están unidos a él por contrato mercantil y no laboral, no pueden considerarse trabajadores a la luz de la normativa de seguridad y salud en el trabajo¹⁹¹.

Incide en esta apreciación el art. 2.2 RD 1627/1997 cuando señala que “*el contratista y el subcontratista a los que se refiere el presente Real Decreto tendrán la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales*”. De modo que, *a sensu contrario*, todos aquellos que no sean contratistas o subcontratistas no serán empresarios a los efectos previstos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

Al no ser empresario, con arreglo a la doctrina científica y jurisprudencial ampliamente mayoritaria, y al ser evidente que tampoco es un delegado de los contratistas o subcontratistas que sí lo son, no puede ser considerado el promotor *intraneus* del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Y ello debe ser así porque el promotor no tiene realmente dominio del

¹⁹⁰ Nos referimos al promotor “*puro*”. Según ya se ha expuesto previamente, en los casos en que el promotor posea la doble condición de promotor-constructor deberá cumplir con las obligaciones inherentes a ambas figuras, por lo que tendría el carácter de empresario.

¹⁹¹ No obstante, no faltan autores de relevancia que consideran a los promotores como autores idóneos del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Así lo defienden, y entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La imputación penal...”, *ob. cit.*, pág. 19; o RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra...*, *ob. cit.*, pág. 275.

hecho típico, al no ser quien está obligado a facilitar a trabajadores ajenos los medios de prevención de sus riesgos laborales.

Por otra parte, se ha dejado sentado que es requisito imprescindible para poder ser sujeto activo del delito que nos ocupa el estar **“legalmente”** obligado por la normativa de prevención de riesgos laborales a facilitar medios de protección. Los deberes del promotor en materia de seguridad y salud dimanar de una norma con rango reglamentario: el RD 1627/1997, no existiendo ninguna norma con rango legal que establezca tales deberes. De modo que, insisto, no cabe reputar al promotor como autor idóneo del art. 316 CP.

No obstante, el RD 1627/1997 establece las siguientes **obligaciones** del promotor **en materia de prevención de riesgos laborales**:

- a) Elaborar o disponer la elaboración por parte de técnico competente¹⁹² de un Estudio, o Estudio Básico, de seguridad y salud en la fase de redacción del proyecto (art. 4)
- b) Designar un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra cuando en la elaboración del mismo intervengan varios proyectistas (art. 3). Esta concurrencia de proyectistas sucede necesariamente siempre en las obras de edificación, por la asignación del proyecto de infraestructuras de telecomunicación a los ingenieros o ingenieros técnicos de telecomunicación, que actuará junto

¹⁹² A estos efectos habrá que estar a lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta LOE y a la Jurisprudencia que la interpreta: SSTSJ Sala de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía de 14-10-2004; de Extremadura de 20-11-2008; de Madrid de 30-1-2009; y de Castilla y León de 29-9-2009.

otro técnico legalmente habilitado para redactar el proyecto principal de edificación, Arquitecto en la mayor parte de los casos.

- c) Designar un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra cuando en su ejecución intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia (art. 3).

Por otra parte, la Disposición Adicional Primera del RD 171/2004 dispone que los deberes de **información** a contratistas y subcontratistas, que en materia de coordinación de actividades empresariales atañen al promotor, se entenderán cumplidos mediante el ESS. Agregando, a renglón seguido, que las **instrucciones** de coordinación a contratistas y subcontratistas se considerarán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, y cuando tal figura no exista, por la dirección facultativa.

A la vista de estas obligaciones, se puede concluir que el ordenamiento específico de seguridad y salud en obras de construcción encomienda al promotor determinadas labores, como impulsor inicial del proceso, en materia de planificación de la actividad preventiva (ESS) y coordinación -cuando concurren durante el proyecto o la ejecución varios sujetos-, a fin colaborar con contratistas y subcontratistas en la realización de la actividad preventiva que, como empresarios, les corresponde. Pero estos deberes son todos accesorios o complementarios de la obligación principal de los empresarios de facilitar a los trabajadores unas condiciones laborales seguras y saludables. Por consiguiente, cuando incumpliese dichas obligaciones sólo cabría imputar penalmente al

promotor como partícipe O, a lo sumo, a título de cooperador necesario si se dieran las circunstancias exigibles en el caso concreto.

Esta conclusión tiene consecuencias prácticas notables, en lo que concierne a las **penas** aplicables. Si la condena fuese a título de cómplice, habría que aplicar la pena inferior en grado a la que corresponde a los autores del delito (art. 63 CP). Mientras que si se imputase el delito como cooperador necesario, los juzgadores podrán, con carácter facultativo y atendiendo a las circunstancias del caso, imponer la pena inferior en grado a la señalada a los autores (art. 65.3 CP), al no concurrir en ellos las condiciones previstas en el tipo sancionador para los autores.

La teoría propuesta se estima más conforme con el principio de proporcionalidad, pues en línea con lo ya indicado por HORTAL IBARRA¹⁹³, el desvalor de la acción de los que están sujetos por el deber originario de protección –los empresarios- es necesariamente mayor que el de aquellos que están meramente llamados a coadyuvar en el cumplimiento de dicho deber.

En la **Jurisprudencia** del orden social hay numerosas Sentencias¹⁹⁴ que declaran que los promotores no pueden considerarse empresarios en el sentido establecido por la normativa laboral. Sin embargo, en la jurisdicción penal, aunque en menor medida que a contratistas, no son pocas las condenas a

¹⁹³ HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, *ob. cit.*, págs. 285-286, defiende este argumento respecto a la responsabilidad del Arquitecto Técnico.

¹⁹⁴ **Vid** las SSTSJ de Cantabria de 30-1-1997; de Madrid de 10-10-2003; o de Madrid de 15-9-2004.

promotores a título de autor¹⁹⁵, incurriendo, según lo argumentado, en error grave.

Aunque, en virtud de lo expuesto, tampoco sería correcta la línea jurisprudencial, más minoritaria, que exime a los promotores de toda responsabilidad penal salvo que fuesen perfectos conocedores de los incumplimientos en materia preventiva de sus contratistas¹⁹⁶.

3. Los delegados del promotor.

Habiendo dejado sentado que **el promotor no es autor idóneo** del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, **la consecuencia inmediata es que tampoco lo podrán ser sus delegados**: proyectistas y redactores de estudios de seguridad y salud, coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra y directores facultativos. Cabría, no obstante, su

¹⁹⁵ En este sentido, y entre otras, SSAP de Jaén Secc. 1ª de 31-5-2002; de Zaragoza Secc. 3ª de 30-4-2004; de Almería Secc. 3ª de 13-1-2006; de Albacete Secc. 1ª de 29-9-2006; de Santa Cruz de Tenerife Secc. 2ª de 5-10-2006; de Barcelona Secc. 5ª de 23-7-2007; de Granada Secc. 1ª de 10-11-2008; de Granada Secc. 1ª de 21-11-2008; de Las Palmas de Gran Canaria Secc. 1ª de 21-5-2009; o de Madrid Secc. 7ª de 29-11-2010.

¹⁹⁶ De este tenor es la SAP de Barcelona, Secc. 2ª, de 18-6-2002, que afirma en su FD Décimo: *“...Con carácter previo, hay que exponer que ninguna responsabilidad penal le puede ser atribuida al Sr. P. E. por su condición de administrador de la entidad promotora. En efecto, desde el momento en que quien efectúa materialmente las obras, ello mismo supone delegar las eventuales responsabilidades en quien materialmente lleva a cabo las conductas de construcción. Si la entidad «Pro-Forever S.L.» nada construye, ninguna responsabilidad penal en el ámbito de la seguridad laboral puede tener. Expuesto con mayor rigor, ninguna persona física que dependa de esta persona jurídica puede ser destinataria de normas penales en el ámbito de la seguridad laboral, salvo que eventualmente se pudiese acreditar --lo que no es ahora el caso-- que tiene pleno conocimiento de que la entidad constructora con la que contrata la ejecución de las obras no puede facilitar los medios legalmente exigidos para preservar la seguridad de sus trabajadores. De ello se sigue, consecuentemente, que el pronunciamiento absolutorio para el Sr. P. E. debe ratificarse en esta apelación en todos sus extremos...”*.

imputación como partícipes, si contraviniesen los deberes que la normativa de prevención de riesgos laborales les asigna.

Con todo, no es ésta la opinión mayoritaria en la doctrina y Jurisprudencia de aplicación. Aunque a mi juicio es claro que los agentes antes citados no tienen dominio sobre el hecho típico y que sus obligaciones en materia preventiva son meramente accesorias o colaterales a la que con carácter principal impone a los empresarios a facilitar a los trabajadores los medios de seguridad y salud que necesitaran de conformidad con la normativa administrativa de aplicación. Los delegados del promotor, al igual que éste, no son destinatarios directos de la prohibición establecida en los arts. 316 y 317 CP, que sólo se dirige a los empresarios.

Por lo que concierne a la aplicación de las **penas** de los delegados, como se apuntó en relación con los promotores, también aquí la respuesta penal debe guardar proporcionalidad con la gravedad de su infracción; así, siendo sus deberes accesorios a los del empresario en sentido estricto y no pudiendo ser reputado autor directo del delito, su transgresión revestirá menor gravedad y, coherentemente, su pena habrá de ser inferior, salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pudiese reputarse su colaboración en la ejecución de los hechos como necesaria.

Por otro lado, resulta sorprendente cómo la doctrina y la Jurisprudencia incurren en lo que considero un error: **analizar la responsabilidad** de estos agentes **en función de su titulación académica y no en virtud de las funciones que tengan encomendadas**. Es decir, es habitual referirse a la responsabilidad del Arquitecto o del Arquitecto Técnico, por ejemplo, cuando lo

relevante es la función que desempeñan en obra: proyectistas, directores facultativos, coordinadores de seguridad y salud, etc.

Este error trae causa en el hecho de que, hasta los años 90, las atribuciones profesionales se regulasen en función de la titulación; en vez de como actualmente¹⁹⁷, atendiendo a las actividades profesionales, a través de las que se puede llegar frecuentemente desde varias titulaciones. Pero tiene relevantes consecuencias prácticas, como veremos con más detalle cuando analicemos los Decretos de atribuciones profesionales de 1971, puesto que coadyuva a cierto deslizamiento hacia la responsabilidad objetiva, vetada en Derecho penal, al establecer una relación automática entre determinadas titulaciones (la de Arquitecto Técnico es la más afectada) y una supuesta responsabilidad en materia de seguridad y salud en las obras de construcción; en vez de proceder como es debido en un Derecho penal de la responsabilidad por infracción, identificando la norma infringida y los motivos de imputación objetiva y subjetiva, y no generando responsabilidades *por castas*.

En esta línea parece encuadrarse la reciente Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de siniestralidad laboral, al afirmar en su examen a la responsabilidad penal de los técnicos en la actividad de construcción que: *“para delimitar las competencias de cada cual, habrán de tenerse en cuenta, además de la titulación que ostente el sujeto, el cargo concreto que ocupa...”*¹⁹⁸. Podría

¹⁹⁷ **Vid** en este sentido la LOE y el RD 1627/1997 frente a, por ejemplo, la Ley 12/1986 de atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos o los Decretos de 1971 que regularon las atribuciones profesionales de Ingenieros Técnicos y Arquitectos Técnicos.

¹⁹⁸ Transcripción literal contenida en la pág. 13 de la referida Circular de la Fiscalía General del Estado.

entenderse que la titulación que ostente el técnico es relevante a efectos de determinar si la delegación por el promotor puede entenderse eficaz en cuanto a la adecuada cualificación del técnico para ejercer el cargo atribuido. Con carácter general se ha de estar en posesión de los títulos de Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico para desempeñar las diferentes funciones técnicas en obras de construcción, pero, en función de la naturaleza de la obra, la legislación vigente (fundamentalmente la LOE y la Ley 12/1986) habilita a unos u otros titulados para asumirlas. De este modo, podría considerarse que la delegación es ineficaz si se designa para desarrollar un determinado cargo en la obra a un técnico al que la ley no le habilita para ello. No obstante, la experiencia nos dice que muy frecuentemente la Fiscalía y los Jueces tienen en cuenta la titulación a otros efectos, en la imputación de responsabilidades a técnicos legalmente habilitados a ejercer sus funciones, atribuyendo mayores exigencias a unos, los que en 1971 se les asignaron determinadas funciones en materia de seguridad laboral (Arquitectos Técnicos fundamentalmente), que a otros (Arquitectos o Ingenieros), lo que resulta inaceptable según expondremos más adelante.

Analizaremos brevemente, a continuación, cada uno de los distintos agentes técnicos intervinientes en las obras de construcción.

3.1. Projectistas, redactores de estudios de seguridad y salud y coordinadores durante la elaboración del proyecto.

El art. 2. 1 d) RD 1627/1997 conceptúa al **projectista** como el “*autor o autores, por encargo del promotor, de la totalidad o parte del proyecto de obra*”. De su parte, el art. 10.1 LOE preceptúa que “*el projectista es el agente que, por*

encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto”.

Obliga el art. 8 RD 1627/1997 al proyectista a tomar en consideración los principios generales de prevención en materia de seguridad y de salud previstos en art. 15 LPRL, y ello en las fases de concepción, estudio y elaboración del proyecto de obra y en particular: a) al tomar las decisiones constructivas, técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que se desarrollarán simultánea o sucesivamente; b) al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases del trabajo.

Una vez más, no brilla precisamente este precepto por su taxatividad. Resultaría muy útil, como indican ESTEBAN GABRIEL, CHAVARRI CARO y LUCAS RUIZ¹⁹⁹, que se aclarasen y precisasen las funciones de los proyectistas en materia preventiva, como ya sucede en otros países de Europa (Dinamarca, Irlanda, Portugal y Reino Unido).

También durante la fase de diseño intervienen los **redactores de los estudios o estudio básicos de seguridad y salud**, que han de ser técnicos competentes, formando parte dichos estudios del proyecto de ejecución de obra, con el que habrán de ser coherentes, recogiendo las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra y el presupuesto para su aplicación. A partir del ESS, así como de su Plan de Prevención de

¹⁹⁹ ESTEBAN GABRIEL, J.; CHAVARRI CARO, F y LUCAS RUIZ, V., “Estudio sobre la integración de la prevención en la fase de redacción de los proyectos en España. Análisis comparativo respecto de los países EU 15”. Madrid, 2010, pág. 10. (Disponible en web: http://oa.upm.es/8030/2/INVE_MEM_2010_80564.pdf , última consulta 7-11-2011).

Riesgos Laborales y de la evaluación de riesgos de la obra, cada contratista confeccionará su PSS.

Por último, **durante la elaboración del proyecto** el promotor debe designar a un **coordinador de seguridad y salud** cuando en dicha fase intervengan varios proyectistas (art. 3.1 RD 1627/1997). El art. 2. 1 e) del RD 1627/1997 define a este agente como *“el técnico competente designado por el promotor para coordinar, durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de los principios que se mencionan en el artículo 8”*.

La concurrencia de proyectistas que motiva la necesidad de nombrar a un coordinador en fase de proyecto es muy habitual, y en el ámbito de las obras de edificación prácticamente ineludible, habida cuenta que en la mayoría de ellas al menos debe de haber un Arquitecto que redacte el proyecto principal, así como un Ingeniero o Ingeniero Técnico de Telecomunicaciones que elabore el proyecto de telecomunicaciones²⁰⁰. Sin embargo, lo más frecuente es que no se designe siquiera a un coordinador durante la elaboración del proyecto, o que dicha designación sea tan sólo formal²⁰¹.

²⁰⁰ *Vid* a este respecto art. 10 de la LOE, en relación con su art. 2, y el art. 3 del Real Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación.

²⁰¹ En el 76,27% de los casos la designación del coordinador de seguridad en fase de proyecto no se realizó desde el inicio de la fase de diseño. Y en un 21,19% de los casos es el propio arquitecto quien acomete estas funciones, según ESTEBAN GABRIEL; CHAVARRI CARO y LUCAS RUIZ, *“Estudio sobre...”, ob. cit.* *Vid* también en similar sentido pero mayor profundidad, ESTEBAN GABRIEL, J., *“Estudio sobre la integración de la prevención en la fase de redacción de los proyectos”*, Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, Julio de 2011.

Esta fase inicial de la actividad preventiva es esencial. Ya en el año 1989, el famoso “*Informe Lorent*”²⁰² establecía que más del 70% de los accidentes sufridos por trabajadores de la construcción se debían a una deficiente planificación de los trabajos antes de su ejecución.

Sin embargo, no conozco ninguna condena penal a estos sujetos fundamentada únicamente en el incumplimiento de sus concretas obligaciones como tales. Es cierto que sí se han dictado algunas resoluciones condenatorias a estos agentes; pero en ellas lo relevante era que el sujeto, además de las funciones que aquí analizamos, ostentaba otras *durante la ejecución de la obra*, sin que su desempeño en fase de proyecto fuese la clave principal para fallar la responsabilidad penal de los encausados²⁰³.

En cambio, cuando no concurren tales funciones adicionales en fase de ejecución, encontramos sentencias que expresamente consideran que estos agentes no poseen responsabilidad penal derivada del art. 316 CP; pudiendo citar entre ellas la **SAP de Sevilla**, Secc. 4ª, **de 21-2-2008**:

“...el acusado Sr. Miguel Ángel no era el coordinador del plan de seguridad y salud durante la ejecución de encauzamiento del arroyo Sequillo, sino que fue únicamente el coordinador del Plan de Seguridad y Salud durante la elaboración del proyecto para el encauzamiento del

²⁰² El ingeniero civil belga Pierre Lorent dirigió en 1989-1991 el Informe “*Impacto de la proposición de Directiva obras temporales o móviles sobre la formación en Seguridad*”, cuyas conclusiones tuvieron una gran influencia en la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles, de cuyo equipo redactor formó parte el propio Lorent.

²⁰³ Es el caso, entre otras, de las SSAP de Madrid Secc. 16ª de 17-2-2001 y de Jaén Secc. 3ª de 4-11-2010.

referido arroyo como consta en el estudio de Seguridad y Salud aportado, del que es autor el Sr. Miguel Ángel y en el que se prevé (págs. 35-37) que la promotora procedería al nombramiento de un coordinador de seguridad y salud para la ejecución del proyecto, coordinador que no fue él pues ningún encargo se le efectuó en tal sentido.

El RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, en relación con la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, distingue claramente en el art. 2 en sus letras e) y f) y arts. concordantes, entre coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, resultando de la documental aportada y declaraciones vertidas en juicio y en las actuaciones, que el acusado Sr. Miguel Ángel fue coordinador de Seguridad y Salud durante la elaboración del proyecto exclusivamente. Y pese a ello no se ha dirigido acusación contra los responsables de la promotora o de la contratista y se ha retirado contra quienes figuraban como coordinadores generales de seguridad y salud de la obra.

Así en el F. 727 de las actuaciones consta certificado emitido por el Colegio Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos en el que se hacen contar la inexistencia de encargo a los Ingenieros de Caminos Federico y Miguel Ángel en materia de seguridad, en relación con las obras de ejecución del encauzamiento del arroyo Sequillo. Señalándose además por varios de los imputados - Carlos Alberto , Pablo y algún testigo- que el Sr. Miguel Ángel nunca fue por la obra, cosa lógica pues ninguna competencia o encargo consta que tuviera durante la ejecución

del proyecto. Procede, pues, la confirmación de la absolución que del Sr. Miguel Ángel que realiza la sentencia de instancia”.

Lamentablemente en nuestro país, en una buena parte de los casos, el cumplimiento de las obligaciones de planificación preventiva es meramente formal. En mi opinión, los poderes públicos, incluidos los Tribunales de Justicia, deberían prestar más atención a esta primera fase de la actividad, lo que reportaría, sin duda, una significativa mejora en la seguridad y salud de los trabajadores de la construcción. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que es más sencillo probar la imputación objetiva por acciones u omisiones realizadas durante la ejecución de la obra, por estar causalmente más cercanas al resultado típico.

3.2. Coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

El art. 3.2 RD 1627/1997 viene en establecer que, cuando en la ejecución de una obra **concurran** de forma simultánea o sucesiva **más de un contratista, contratistas y trabajadores autónomos, o varios trabajadores autónomos**, el promotor, antes del principio de los trabajos o tan pronto como se conozca dicha circunstancia, habrá de designar un coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra con la titulación habilitante para ello. Es decir, la presencia de esta figura no es preceptiva sino cuando se da esta circunstancia de concurrencia de empresas y/o trabajadores autónomos.

Esta circunstancia permite concluir que las funciones, y por tanto las responsabilidades, del coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución se

centran en los riesgos derivados de la mencionada intervención simultánea o sucesiva de empresas y/o trabajadores autónomos. Además, cuando ésta no existe no hay que designar coordinador, sin que por ello la obra quede huérfana en materia de prevención de seguridad y salud laboral, pues sigue estando principalmente en manos del contratista, y sin que la dirección facultativa asuma las funciones del coordinador salvo en tres puntuales aspectos.

A esta conclusión nos conduce asimismo el nombre otorgado a este agente por el legislador, que no es otro que “*coordinador*”, un coordinador de las actividades preventivas de las empresas y/o trabajadores autónomos que concurren en las obras de construcción, a fin de atenuar o, si fuera posible, eliminar, los riesgos específicos que se derivan de tal concurrencia. Aunque es posible que haya sido precisamente esta denominación la que, en ocasiones, haya llevado a la errónea concepción del coordinador como máximo responsable de la seguridad y salud en la obra.

Igualmente, una atenta lectura al **art. 9 RD 1627/1997**, aunque no se distinga precisamente por su taxatividad, consolida esta percepción de que el núcleo esencial de las funciones del coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución radica precisamente en la coordinación. Estas son sus funciones, según el referido precepto:

a) “Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad (art. 15 LPRL):

1.- Al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente.

2.- Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo.

- b) Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva.*
- c) Aprobar el PSS elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo.*
- d) Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el art. 24 LPRL.*
- e) Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.*
- f) Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra”.*

En definitiva, el art. 9 RD 1627/1997, que regula las obligaciones del coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, incide en la idea de que sus funciones se dirigen fundamentalmente a coordinar las actividades preventivas de las empresas y/o trabajadores autónomos que confluyen en una misma obra. Esta función, incluida dentro de la conducta típicamente sancionada por el art. 316 CP de no facilitación de medios, otorga a los coordinadores una ***posición de garante “activa”***, en cuanto a los riesgos derivados de dicha concurrencia, lo que les hace responsables de los mismos, siempre y cuando se le puedan imputar por dolo o imprudencia grave.

Pero, además de esta función esencial de coordinación, el RD 1627/1997 asigna otras **funciones colaterales** a los coordinadores de seguridad y salud en fase de ejecución derivadas de su especial cualificación como técnicos con una titulación habilitante suficiente –razón por la que, como veremos más adelante también se le atribuyen a la dirección facultativa-. Tal y como ya apuntamos anteriormente, el legislador ha entendido que, dados sus cualificados conocimientos técnicos sobre el proceso constructivo que coordinan, los coordinadores de seguridad y salud ostentan una *posición de garante de carácter “pasivo”*²⁰⁴ frente a los trabajadores, por lo que no pueden abstenerse de actuar en el caso de que, en el desempeño de las funciones previstas en el art. 9 anteriormente relacionadas, apreciaran el incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral durante la ejecución de la obra.

Estas otras funciones colaterales, atribuidas al coordinador de seguridad y salud (y a la dirección facultativa) con carácter adicional a las que le son específicamente propias, son concretamente las siguientes:

²⁰⁴ Empleo la terminología de garantes activos y pasivos en línea con la distinción efectuada por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Comisión por Omisión”, *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 64 y siguientes. Este autor al tratar de la responsabilidad del delegante en los delitos de comisión por omisión, diferencia entre los deberes residuales del delegante de carácter activo (que le exigirían a realizar tareas de investigación activas de carácter periódico, sin haber recibido denuncias o indicios de irregularidad) y las de carácter pasivo (cuando no esté obligado a investigar activamente pero sí deba de hacerlo ante posibles denuncias, advertencias o indicios de irregularidad).

De este modo, la posición de garante –permítaseme- “activa” otorgaría un deber de cuidado reforzado, exigiendo del garante una conducta activa de *investigación* de posibles indicios de situación de peligro típico; mientras que la posición de garante “pasiva” confiere un deber de cuidado más atenuado, requiriendo al garante su protección sólo cuando le constase que se halla amenazado el bien jurídico.

a) Advertir al contratista cuando, en el ejercicio de sus funciones de coordinación, observe el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral (arts. 11.1 e), 12.1 g) y 14.1 RD 1627/1997).

b) Paralizar los tajos o, en su caso, la totalidad de la obra de apreciarse, durante el desempeño de su labor de coordinador, circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14.1 RD 1627/1997).

Una interpretación sistemática de los referidos preceptos acredita la naturaleza colateral o no esencial –aunque por ello no dejan de ser relevantes- de estas dos funciones, pues resulta muy revelador que se recojan fuera del art. 9 RD 1627/1997, que regula las *“Obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra”*.

También nos conduce a este carácter colateral de ambas funciones la circunstancia de que se compartan, entre otros agentes, con una figura cuyos cometidos principales están tan alejados de la seguridad laboral, como es la dirección facultativa.

Finalmente, apuntala asimismo este criterio una interpretación literal del precepto que regula más directamente ambas funciones: el art. 14.1 RD 1627/1997, ya que los arts. 11 y 12 aluden únicamente a una de ellas, la que se refiere a la impartición de instrucciones, y además de modo indirecto, pues en dichos artículos se regulan las obligaciones de los contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos. El art. 14.1 RD 1627/1997 establece literalmente que: *“cuando el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa observase incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, advertirá al*

contratista de ello". El subjuntivo es un modo gramatical que manifiesta lo expresado por el verbo con marcas que indican pasividad, otorgándole a la acción en el caso que nos ocupa un carácter eventual o hipotético. Es decir, si en el caso, y sólo en el caso, de que durante la práctica de su labor de coordinación de seguridad y apreciase el incumplimiento de cualquier medida de seguridad, deberá comunicarlo al contratista, pero sin que se le impute ninguna obligación de *supervisión activa* del cumplimiento de dichas medidas.

Consecuentemente, respecto de estas obligaciones colaterales, se deriva una *posición de garante pasiva*, más atenuada, de los coordinadores de seguridad y salud durante la ejecución de las obras. De este modo, sólo se podría imputar a los coordinadores por no intervenir cuando hubiesen conocido riesgos graves para la seguridad y salud de los trabajadores, o hubiesen tenido indicios claros de ellos o los hubiesen conocido suficientemente de haber ejercido adecuadamente sus funciones esenciales de coordinación.

No obstante, con arreglo a lo argumentado en apartados anteriores²⁰⁵, ni la función de cooperación al deber de vigilancia del contratista ni la facultad de paralizar los tajos en caso de riesgo grave e inminente tienen **relevancia típica** ex art. 316 CP, **al no poder reputarse estrictamente "facilitación de medios"**, por lo que vengo denominando funciones colaterales poseen interés tan solo a efectos de la imputación de los delitos de resultado.

Lo que late en el fondo de esta distinción entre los delitos de peligro y los de resultado es, por tanto, una cuestión de *legalidad formal*. El delito previsto en

²⁰⁵ *Vid* apartados II.2 y II.3 del presente trabajo.

el art. 316 CP es un delito especial propio cuyo tipo exige medios comisivos determinados: la omisión del deber de facilitar a los trabajadores los medios de seguridad y salud adecuados para evitar peligros graves para su vida, salud e integridad física. Si la omisión del garante no consiste en infringir un deber de proporcionar dichos medios, cuyos destinatarios sólo pueden ser el empresario y sus delegados, no puede realizar el tipo. Los delitos de resultado, en cambio, no están constreñidos por estas mismas limitaciones.

En virtud de lo previamente argumentado, aunque creo que sus funciones esenciales de coordinación sí podrían estimarse integradas en el concepto de *“facilitación de medios”* –y no las colaterales, insisto-, pues así lo he declarado en el correspondiente apartado de este trabajo²⁰⁶; considero que el coordinador no puede ser sujeto activo idóneo **ex** art. 316 CP por no estar regulados sus deberes preventivos por una norma con rango de ley, ni ser destinatario originario ni delegado de la obligación de facilitar medios de seguridad y salud a los trabajadores.

Sin embargo, el ejercicio de estos cometidos le sitúan como un **partícipe** del contratista, pudiendo ser imputado a título de cómplice o, a lo sumo, como cooperador necesario²⁰⁷, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y en función de la relevancia que tuviera su conducta en la ejecución de los hechos.

²⁰⁶ **Vid** apartados II.2 y II.3 del presente trabajo.

²⁰⁷ En este sentido hay alguna resolución muy puntual, como por ejemplo, la SAP de Valencia Secc. 4ª de 26-3- 2009.

La postura expuesta, sin embargo, no cuenta con un amplio respaldo doctrinal o jurisprudencial, como veremos acto seguido.

Merced a la insuficiente taxatividad del RD 1627/1997, como hemos visto en anteriores apartados de este trabajo, coexisten en las **resoluciones judiciales interpretaciones radicalmente opuestas** de los preceptos transcritos, dando lugar a concepciones absolutamente contradictorias **sobre las funciones y responsabilidades** de los coordinadores de seguridad y salud²⁰⁸.

Por un lado, se puede apreciar una línea jurisprudencial que atribuye a este agente **una labor de supervisión y vigilancia**, cual principal delegado del empresario, llegando a exigirle una presencia cuasi-continua y activa en la obra²⁰⁹. Esta concepción del coordinador se basa fundamentalmente en las funciones que hemos denominado colaterales, llegando a requerir en ocasiones una asistencia diaria y activa a la obra.

Por otro lado, en cambio, una corriente jurisprudencial opuesta –y algo menos extendida– concibe al coordinador como un técnico llamado a efectuar **estrictas funciones de enlace entre la pluralidad de agentes que concurre en una obra**, a fin de disminuir los riesgos derivados de tal

²⁰⁸ Opina de igual modo DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra..., ob. cit.*, pág. 679.

²⁰⁹ Entre las resoluciones que se expresan en estos términos podemos señalar las SSAP de Castellón Secc. 2ª de 28-1-2003; de Guadalajara Secc. 1ª de 17-1-2003; de Cádiz Secc. 8ª de 20-3-de 2003; de Barcelona de 28-10-2005; de Madrid Secc. 7ª de 8-3-2006; de Tarragona de 11-1-2007; y de Tarragona Secc.2ª de 6-3-2009.

conurrencia, pero sin estar obligado a supervisar o vigilar el cumplimiento de la totalidad de las medidas de seguridad y salud de la obra²¹⁰.

De igual modo en la **doctrina** se pueden observar entendimientos muy distintos, cuando no contradictorios, sobre las funciones y responsabilidades de los coordinadores de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. Pudiendo encontrar opiniones desde las de que ven a esta figura como el máximo responsable a pie de obra en materia de prevención de riesgos laborales hasta las que estiman que no resultan responsables a título de autor, por no estar obligados a facilitar medios de protección a los trabajadores, pasando entre estos dos extremos por otras con muy distintas matizaciones²¹¹.

3.3. Directores facultativos.

3.3.1. Consideraciones generales.

El RD 1627/1997 define en su art. 2.1 g) a la dirección facultativa como “*el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la **dirección y del control de la ejecución de la obra***”. Para el caso de obras de edificación, la LOE establece una dirección facultativa colegiada, compuesta por el director de obra y el director de ejecución de la obra, cuyos conceptos y repertorio de funciones viene recogido en sus arts. 12 y 13, respectivamente.

²¹⁰ Así se expresan las SSAP de Madrid Secc.17ª bis de 1-2-2006; de Baleares Secc. 4ª de 29-11-2006; de Badajoz Secc. 3ª de 3-6-2008; y de Valencia Secc. 4ª de 26-3-2009. También, dentro de la jurisdicción social, la STSJ Canarias en Las Palmas de Gran Canaria de 30-6-2011.

²¹¹ *Vid* el apartado II. 2. 2 del presente trabajo.

Por lo que concierne a las funciones de la dirección facultativa en caso de que sea **necesaria la designación de coordinador de seguridad y salud** en fase de ejecución, el RD 1627/1997, una vez que ha procedido a la distribución de las obligaciones relativas a seguridad y salud laboral entre el promotor, proyectista, coordinador de seguridad en fase de proyecto y de ejecución, contratistas, subcontratistas y trabajadores, sólo se refiere a la dirección facultativa de la obra para indicar que estará permanentemente a su disposición el PSS (art. 7.5) y para otorgarle facultades cuando, en el ejercicio de sus funciones de dirección, observare el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral, de participarlo al contratista o de acordar, en caso de riesgo grave e inminente, la paralización de la obra o de alguno de sus tajos.

En palabras de la SAP de Madrid, Secc. 1ª, de 28-6-2004: *“Es decir, tras encomendar a otras personas el diseño, establecimiento y puesta en práctica de las medidas de seguridad y salud, haciéndolas responsables del incumplimiento de sus respectivas obligaciones, esa normativa únicamente permite ampliar la responsabilidad a la dirección facultativa cuando apreciara la omisión de alguna de las medidas de seguridad establecidas en el estudio de seguridad y salud redactado por el técnico competente y, a pesar de ello, ni advirtiera al contratista para su corrección, dejando constancia en el libro de incidencias, ni paralizara los tajos o la totalidad de la obra en casos de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores”*.

Por lo tanto, esta distribución de funciones ha provocado necesariamente una reducción de la responsabilidad de los técnicos de la dirección facultativa que no han asumido la coordinación de seguridad, lo que muchas veces no se refleja en la Jurisprudencia de aplicación.

Cabe resaltar la siguiente sentencia en apoyo de la tesis mantenida, además de las ya referenciadas en el apartado del coordinador, la **STS Sala 1ª de 22-1-2003** (Rec. 5303/1999) al indicar que:

“Los arquitectos técnicos y superiores (sic) no tienen obligación de comprobar la adopción de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo por el contratista. Por lo que se refiere al Arquitecto Director de la obra, el Sr. P. G., ha de recordarse que tiene declarado esta Sala «que no existe precepto legal alguno que imponga a los Arquitectos Superiores la obligación de comprobar la correcta adopción por el contratista de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo» (S 27 Nov. 1993, cuya doctrina ratifica la dictada en 1 Feb. 2001); por tanto, procede su absolución y lo mismo sucede respecto al Arquitecto Técnico Sr. V. F., pues ninguna intervención tuvo tampoco en la colocación del puntal ni es misión encomendada a los Arquitectos Técnicos la vigilancia de las medidas de seguridad, que es propia de los Jefes de Obra y Vigilantes de Seguridad, según se infiere del sentido general del Decreto de 21 Feb. 1986 y de las atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos conforme a los dispuesto en el art. 2 Ley de 1 Abr. del mismo año”.

En definitiva, lo dicho previamente en cuanto a las **funciones colaterales** del coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución es plenamente aplicable a la dirección facultativa, por cuanto –como ya advirtiéramos en ese apartado– estos cometidos son exactamente los mismos que los que otorga al coordinador con carácter adicional a los enumerados en el art. 9, y su fundamento es también el mismo: la especial cualificación de estos técnicos en cuanto al proceso constructivo les sitúa en una cierta posición de garantes y motiva que no puedan permanecer en una actitud pasiva cuando, en el ejercicio de sus

funciones –en este caso- de dirección de obras, observaren el incumplimiento de medidas de seguridad que pongan en riesgo la seguridad de los trabajadores. Consiguientemente, estas funciones confieren a los directores facultativos una ***posición de garante pasiva*** a efectos de los delitos de resultado, pero cuyo incumplimiento resultaría atípico en lo que concierne a los delitos de peligro previstos en los arts. 316 y 317 CP.

Por lo que respecta a las obras que **no precisaren de nombramiento de coordinador de seguridad y salud** durante la ejecución de la obra por parte del promotor, las únicas obligaciones que se le encomiendan a la dirección facultativa por el RD 1627/1997²¹², además de las colaterales antes citadas, son las siguientes:

- 1) Autorizar, antes del inicio de la obra, el Plan de Seguridad y Salud que debe realizar cada contratista (art. 7.2).
- 2) Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra (art. 9.f).
- 3) Custodiar el Libro de Incidencias (art. 13.3).

De ellas sólo la primera podría considerarse como una obligación legal de ***“facilitación” de “medios necesarios”*** a efectos del art. 316 CP. No obstante, al faltar el requisito de que este deber emane de una norma con rango de ley y al no ser delegados del empresario, la imputación de los directores facultativos sólo podría realizarse en calidad de partícipes del delito y, a lo sumo, de

²¹² Resulta incierta, por tanto, la afirmación contenida en la Circular de la Fiscalía General del Estado, págs. 13-14, de que, en caso de que no fuera necesaria la designación del coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, la dirección facultativa asumirá sus funciones.

cooperadores necesarios²¹³ cuando su colaboración en la producción del resultado de peligro grave y concreto fuese especialmente relevante.

De hecho, hay un **sector jurisprudencial** que, con origen en la STS Sala 2ª de 26-9-2001, ha imputado condenas a componentes de la dirección facultativa como cooperadores necesarios. Entre ellas, las SSAP de Toledo, Secc. 1ª, de 3-6-2003; de Madrid 18-6-2003; de Sevilla, Secc. 7ª, de 23-12-2003; de Barcelona, Secc. 7ª, de 26-4-2004; de Zaragoza de 30-4-2004; de Madrid, Secc. 15ª, de 27-9-2006; de Alicante, Secc. 7º, de 17-10-2007; y de León, Secc. 3ª, de 23-2-2011.

La **STS Sala 2ª de 26-9-2001**, iniciadora de esta doctrina, afirma en su Fundamento de Derecho Primero:

“...El artículo 316 del vigente Código Penal presenta algunas diferencias de redacción con la que tenía en el Código precedente (artículo 348 bis, a) en el que, junto al verbo facilitar se incluía la omisión de «exigir» las condiciones de seguridad. El tipo penal que incorpora el actual artículo 316 del Código Penal es un delito de omisión --de las medidas de seguridad e higiene adecuadas--, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser --en expresa remisión a la normativa laboral-- de normas de prevención de

²¹³ Apoya de algún modo este criterio HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, ob. cit., págs. 285-286, insistiendo en que resulta a su juicio desproporcionado otorgarle al Arquitecto Técnico la misma pena que al empresario: “*resulta materialmente injusto que a quien coadyuva al cumplimiento de una obligación legal ajena, el arquitecto técnico, se le acabe imponiendo la pena que le corresponde a quien ostenta la condición de garante originario de la seguridad y salud de los trabajadores, el empresario. De ahí que aplauda la decisión del legislador de introducir en el vigente art. 65 CP un tercer apartado donde se reconoce a nuestros jueces y tribunales la posibilidad de imponer al inductor y al cooperador necesario la pena inferior en grado a la señalada al autor...*”.

riesgos laborales y sólo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas. Sin embargo la mera redacción no se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito y, por ello, ha de entenderse sin lugar a dudas como autor también del mismo delito, toda vez que, además concurren todos los elementos del tipo: 1.º) infracción por su parte de normas de prevención de riesgos, 2.º) omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo, 3.º) en condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales, y 4.º) efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores, que, en el presente caso tuvo el infortunado colofón de actualizarse con el fallecimiento de uno de los que en las obras trabajaba.”

Más clara todavía resulta la **SAP de León, Secc. 3ª, de 23-2-2011**, cuando, al analizar la responsabilidad de los arquitectos técnicos que ejercían como directores de ejecución de la obra y coordinadores de seguridad y salud durante su ejecución, dispone en su Fundamento de Derecho Cuarto:

“CUARTO.- Finalmente en cuanto a los dos acusados y arquitectos técnicos de la obra, designados también coordinadores de seguridad de la misma, don Jose Francisco y don Victorino se estima por esta Sala que

son igualmente autores del delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 316 del Código Penal, si bien no en calidad de autores directos o de autores en sentido estricto, sino de cooperadores necesarios de conformidad con el artículo 28. b) del Código penal, y ello por cuanto venían obligados a vigilar que las medidas de seguridad colectivas e individuales previstas en el Plan de Seguridad y Salud elaborado por la empresa y aprobado por ellos mismos, y que reflejaba el contenido del Estudio de Seguridad que ellos redactaron, se cumplieran, omitiendo dicha obligación que les incumbía, y contribuyendo de esta forma decisivamente a la producción del accidente, pues siendo cierto que no venían obligados a proporcionar a los trabajadores las medidas de seguridad necesarias, sí venían obligados a vigilar su cumplimiento, pudiendo con su intervención evitar las omisiones del empresario en la facilitación de los medios. A este respecto señala la SAP de Valencia de fecha 14/10/2010 que "El Tribunal Supremo se ha encargado de señalar que en el mundo laboral todos los que ostentan mando o dirección técnicos o de ejecución y tanto se trate de mandos superiores como subalternos, están inexcusablemente obligados a cumplir cuantas prevenciones establece la legislación de trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores (TS S de 10 Mayo de 1980), tanto si ejercen estas funciones reglamentariamente como si las actúan de hecho (TS S de 30 Mar. 1990), incurriendo en responsabilidad criminal si en el cumplimiento de tales deberes se muestran remisos o indolentes y con dicha conducta causan o contribuyen a la causación de un resultado dañoso o a una situación de grave peligro (TS S de 12 May. 1981),

doctrina ésta extrapolable al actual art. 316 por mor de lo establecido en el art. 318. -Sentencia de la AP de Cuenca de 21 de febrero de 2001-...”

Pero esta doctrina jurisprudencial sólo coincide con el criterio que aquí se defiende en cuanto a que ambos consideran que los técnicos de la dirección facultativa -o coordinadores en materia de seguridad y salud- no pueden ser autores directos de los delitos previstos en los arts. 316 y 317 CP. Divergen, en cambio, los dos criterios en lo siguiente:

- 1) Mientras que el sentado por los Tribunales de Justicia establece una imputación general en concepto de cooperador necesario, por estimar de modo automático que la participación en los hechos de los mencionados técnicos ha de ser siempre relevante y decisiva en la perpetración del delito; la tesis que propugno aboga por que se examine caso por caso hasta qué punto la cooperación ha sido necesaria, a fin de determinar si la imputación haya de efectuarse a título de cómplice o de cooperador necesario²¹⁴.
- 2) Y más importante, la teoría que preconizo estima que sólo cabría considerar sujetos responsables de los delitos tipificados en los arts. 316 y 317 CP a los directores facultativos –como partícipes recordemos- cuando no haya de designarse coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, por haber aprobado indebidamente el Plan de

²¹⁴ La imputación como partícipe en delitos de omisión es defendida por autores de importancia como, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e Injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 757-758; o SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal* n° 38, 1989, págs. 389-390 y 397-398, quien sostiene la idea de calificar como partícipe al garante que incumple su deber de actuar pero que no reúne las condiciones especiales de autoría del tipo en cuestión.

Seguridad y Salud, de modo que se haya puesto en grave peligro la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

3.3.2. Sobre los Decretos de atribuciones de 1971. Especial atención al Arquitecto Técnico.

Tras la promulgación de la Ley 12/1986 sobre regulación de las atribuciones profesionales de Arquitectos e Ingenieros Técnicos, de la LPRL, y en desarrollo de la misma para el sector de la construcción del RD 1627/1997, así como de LOE, se ha producido una concreción de las tareas asumidas por cada una de las personas que intervienen en el proceso constructivo y, derivadas de ellas, una mayor delimitación de sus respectivas responsabilidades; además de procederse a la creación de nuevos agentes, como el coordinador de seguridad y salud o el recurso preventivo, que necesariamente resitúan los cometidos del resto de sujetos intervinientes en dicho proceso.

Sin embargo, no son pocas las resoluciones de los Tribunales penales que reflejan una cierta inercia, fundamentándose, bien en Sentencias dictadas con carácter previo a la entrada en vigor de las relevantes reformas legislativas citadas en el párrafo precedente, bien sin tener realmente en cuenta los cambios introducidos por dichas reformas. Uno de los ejemplos más claros de tal inercia lo constituye la aplicación de los Decretos de competencias profesionales de 1971 en la fundamentación –expresa, pero también tácita- de condenas penales por los delitos de tipificados en los arts. 316 y 317 CP. Abordaremos, acto seguido, un estudio de estos Decretos, argumentando su tácita derogación, y cómo siguen utilizándose por el Juez penal.

Como consecuencia de la Ley 2/1969, de 29 de abril, sobre Reordenación de las Enseñanzas Técnicas, en 1971 el Gobierno, a propuesta de los Ministerios en

cada caso competentes, promulgó varios Decretos —uno por profesión— estableciendo las facultades y competencias de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos.

La relación de Decretos es la siguiente:

- 1) Decreto 265/1971, de 19 de febrero, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Arquitectos Técnicos (BOE 20 de febrero de 1971).
- 2) Decreto 2076/1971, de 13 de agosto, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Ingenieros Técnicos en Topografía (BOE 18 de septiembre de 1971).
- 3) Decreto 2094/1971, de 13 de agosto, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Ingenieros Técnicos de Especialidades Agrícolas (BOE 20 de septiembre de 1971).
- 4) Decreto 2095/1971, de 13 de agosto, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Ingenieros Técnicos de Especialidades Forestales (BOE 20 de septiembre de 1971).
- 5) Decreto 2097/1971, de 13 de agosto, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos (BOE 20 de septiembre de 1971).
- 6) Decreto 2479/1971, de 13 de agosto, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Ingenieros Técnicos de Telecomunicación en sus distintas especialidades (BOE 18 de octubre de 1971).

7) Decreto 2480/1971, de 13 de agosto, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Ingenieros Técnicos titulados por las Escuelas de Ingeniería Técnica de Obras Públicas (BOE 18 de octubre de 1971).

8) Decreto 2541/1971, de 13 de agosto, por el que se determinan las facultades de los Ingenieros Técnicos Industriales (BOE 23 de octubre de 1971).

9) Decreto 2542/1971, de 13 de agosto, por el que se determinan las facultades de los Ingenieros Técnicos de Minas (BOE 23 de octubre de 1971).

10) Decreto 2543/1971, de 13 de agosto, por el que se determinan las facultades de los Ingenieros Técnicos Navales (BOE 23 de octubre de 1971).

Muchos de los Decretos, pero no todos, incluyen entre las facultades y competencias de estos profesionales la de controlar los sistemas de protección y exigir en obra ***“el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo”***. Curiosamente, la inclusión o no depende del departamento del Gobierno impulsor de la norma: contienen este cometido los Decretos aprobados a propuesta de los Ministerios de Vivienda (Arquitectos Técnicos), Agricultura (Ingenieros Técnicos Agrícolas y Forestales), del Aire (Ingenieros Técnicos Aeronáuticos), Gobernación (Ingenieros Técnicos de Telecomunicación²¹⁵) y Obras Públicas (Ingenieros Técnicos de Obras Públicas); mientras carecen de él los aprobados a propuesta de la Vicepresidencia (Ingenieros Técnicos en Topografía) y del Ministerio de Industria (Ingenieros Técnicos Industriales, de Minas y Navales).

²¹⁵ No obstante, este Decreto emplea una fórmula distinta; en concreto el texto es el siguiente: ***“Verificar que la ejecución de las obras e instalaciones se ajuste a las normas y legislación vigentes, en especial en cuanto se refiere a la seguridad de las personas y de las cosas”*** (art. quinto. Tres).

Pues bien, sostengo que en la actualidad han de considerarse estas referencias a la seguridad laboral tácitamente derogadas, lo que asiento en las siguientes razones:

A) Derogación por la promulgación de la Ley 12/1986:

Los Decretos de 1971 por los que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos se han visto afectados por la promulgación de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos. Esta Ley, posterior y con mayor jerarquía normativa, tiene el mismo objeto que los Decretos previamente relacionados, resultando sin embargo netamente opuesta en su espíritu y finalidad a los mismos, razón por la que han de considerarse que han resultado tácitamente derogados, salvo en aquellos aspectos que no fuesen discordantes.

En efecto, constituye un elemento caracterizador de todos los Decretos de 1971 la posición subordinada de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos respecto de los técnicos “*superiores*” de su correspondiente rama, siendo frecuentes las alusiones a su obligación de cumplir con las instrucciones que estos últimos les formulen. Mientras que, como revela expresamente el Preámbulo de la Ley 12/1986, el eje vertebrador y principal motivación de su promulgación es la supresión de tales sumisiones y restricciones de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos. Así se expresa el mencionado Preámbulo:

“La Ley 2/1964, de 29 de abril, estableció el criterio básico de reordenación de las Enseñanzas Técnicas en cuyo desarrollo se dictaron por el Gobierno diversas normas reguladoras de las denominaciones de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, de sus facultades y atribuciones profesionales y de los requisitos que habrían de cumplirse para la utilización de los nuevos títulos por los Aparejadores, Peritos, Facultativos y Ayudantes de Ingenieros. A través de la expresada normativa vinieron a introducirse una serie de restricciones y limitaciones en el ejercicio profesional de dichos titulados que se han ido modificando y corrigiendo por el Tribunal Supremo, sentándose como cuerpo de doctrina jurisprudencial el criterio de que las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos serán plenas en el ámbito de su especialidad respectiva, sin otra limitación cualitativa que la que se derive de la formación y los conocimientos de la técnica de su propia titulación y sin que, por tanto, puedan válidamente imponérseles limitaciones cuantitativas o establecerse situaciones de dependencia en su ejercicio profesional respecto de otros Técnicos universitarios. (...) sus respectivas especialidades (...) determinantes de los diferentes sectores de actividad dentro de los que ejercerán dichos titulados de modo pleno y en toda su extensión las competencias profesionales que les son propias.(...) El espíritu de la presente Ley no es el otorgamiento de facultades ajenas a la formación universitaria de los titulados, sino el reconocimiento de las que les son propias, su consolidación y la potenciación de su ejercicio independiente, sin restricciones artificiosas o injustificadas y sin que con ello se introduzcan interferencias en el campo de las atribuciones que puedan ser propias de otros técnicos titulados y en el caso de la edificación de los Arquitectos”.

Este propósito liberador de limitaciones y subordinaciones se explicita en el art. 1.1 de la Ley 12/1986 cuando dispone que: *“Los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, una vez cumplidos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, tendrán la plenitud de facultades y atribuciones en el ejercicio de su profesión dentro del ámbito de su respectiva especialidad técnica”*.

B) Derogación por la profunda transformación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo, en términos inconciliables con los Decretos de 1971:

Por otra parte, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales ha experimentado una transformación radical desde los tiempos en que fueron aprobados los Decretos de 1971.

Es de recordar que el entonces marco legal vigente en materia de seguridad en el trabajo en el sector de la construcción estaba constituido por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 11 de marzo de 1971 (OGSHT), y por el Decreto, de 11 de marzo del mismo año, regulador de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo (DCSHT) y, específicamente, por la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica, de 28 de agosto de 1970 (OTCVC).

En virtud del RD 555/1986, de 21 de febrero, se procedió a una nueva regulación de la seguridad e higiene en el trabajo en los sectores de edificación y obras públicas, a través de la exigencia de documentaciones técnicas específicas: los Estudios de Seguridad e Higiene en el Trabajo y los Planes de Seguridad e Higiene. Este Decreto fue completado mediante el RD 84/1990, de 19 de enero.

Tal era la situación legal en esta materia hasta la promulgación de la LPRL, actual norma básica en la materia y a través de la cual se transpuso a nuestro Derecho interno la normativa jurídica europea sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores. El nuevo marco legal supuso la derogación de los Títulos I y III de la OGSHT y del DCSHT, así como, en su práctica totalidad, de la OTCVC. Además, los arts. 14 y siguientes de la LPRL atribuyen expresamente al empresario el deber de protección del trabajador y de vigilancia de su seguridad y salud.

En desarrollo de las previsiones de la LPRL se promulgó el RD 1627/1997, de 24 de octubre, que estableció las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción, instaurándose un sistema nuevo y distinto del regulado por los RR. DD. 555/1986 y 84/1990, que expresamente deroga, creándose la figura de los coordinadores de seguridad y salud laboral durante la elaboración del proyecto de obra y durante la ejecución de la obra. Materia que se completó, aclarando las dudas planteadas en cuanto a la habilitación legal necesaria para el ejercicio de estas funciones, por la Disposición Adicional Cuarta de la LOE, por la que se establece que podrán ser desempeñadas por ***“Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades”***. Este Decreto introduce dos documentos esenciales para orientar la prevención de riesgos laborales en las obras de construcción: el Estudio, o Estudio Básico de Seguridad y Salud, y el Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Como hemos visto, el RD 1627/1997 adjudica a la dirección facultativa única y exclusivamente las siguientes funciones: a) aprobar los planes de seguridad y salud antes del inicio de las obras (arts. 7 y 9); b) adoptar medidas para controlar los accesos a la obra (art. 9); c) custodiar el libro de incidencias y

comunicar las anotaciones efectuadas en él a los contratistas afectados y a los representantes de sus trabajadores (art. 13); d) advertir a los contratistas del incumplimiento de medidas de seguridad y salud, cuando las hubiese observado, dejando constancia en el libro de incidencias, quedando facultado para, en circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores, disponer la paralización de los tajos o, en su caso, de la totalidad de la obra (art. 14). De las tres primeras funciones resulta obvio que no puede predicarse el mantenimiento de la obligación de vigilancia y activo control contenida en los Decretos de 1971. En mi opinión tampoco de la última función, que no constituye un mandato de supervisión, sino que se limita a indicar que, si en el ejercicio de sus funciones, la dirección facultativa ***“observase incumplimiento de las medidas de seguridad”*** habrá de notificarlo al contratista y, si el riesgo fuese grave e inminente, ordenar como medida preventiva lógica la paralización de los trabajos afectados. La diferencia es notoria.

La necesidad de concretar cómo y por quién habría de llevarse a cabo la labor directa de vigilancia del cumplimiento y eficacia de las medidas previstas en el Plan de Seguridad y Salud y de garantizar el estricto cumplimiento de los métodos de trabajo, condujo a la incorporación, a través de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de la figura de los recursos preventivos, a los que se encomiendan tales funciones en el seno de la empresa, según preceptúa el nuevo art. 32 bis LPRL. Posteriormente, el RD 604/2006 ha avanzado aún más en la regulación de las funciones y cometidos correspondientes a los recursos preventivos de las empresas intervinientes en el sector de la construcción y en las responsabilidades que son propias de los servicios de prevención de las

empresas, con la consiguiente reforma de los RR. DD. 39/1997 y 1627/1997 y de la LISOS.

En virtud de la expuesta transformación absoluta del marco regulador de la prevención de riesgos en el trabajo, mantener la vigencia de las disposiciones sobre seguridad y salud laboral en las obras contenidas en -algunos de- los Decretos de 1971 por los que se regularon las facultades y competencias de Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos parece francamente complicado. Máxime cuando las funciones de control y exigencia del cumplimiento de las medidas de seguridad que estos Decretos asignaban a Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos, están hoy encomendadas por la LPRL y el RD 1627/1997 al empresario, con carácter general y mediato, y a los recursos preventivos, de forma directa e inmediata. Y, asimismo, cuando el RD 1627/1997, al regular los cometidos de la dirección facultativa, no incorpora lo previamente dispuesto por los Decretos de 1971.

C) Derogación por la entrada en vigor de la LOE. El caso concreto de los Arquitectos Técnicos:

Merece la pena abordar el caso singular de los Arquitectos Técnicos por cuanto, si bien por un lado, es la profesión en la que concurren circunstancias adicionales a las previamente desarrolladas que contribuyen a sostener con mayor solidez si cabe la derogación parcial de su Decreto de 1971, por otro, es la que más intensamente está sufriendo su aplicación por parte de los órganos judiciales penales como norma integradora de los arts. 316 y 317 CP.

Así lo pone de manifiesto la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2011, que dedica a este asunto el siguiente párrafo: *“Un último apunte normativo, en relación con los Arquitectos Técnicos, lo supone (sic) art. 1 A) 3 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, por el que se regulan las facultades y competencias de los Arquitectos Técnicos, y que establece entre sus funciones la de “controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad y salud en el trabajo”, reiteradamente aplicado por las Audiencias Provinciales, que confirman de forma unánime su vigencia y actualidad”*²¹⁶.

Comenzaremos abordando las citadas circunstancias por las que en el caso de los Arquitectos Técnicos resulta, aún más claro que para los Ingenieros Técnicos, la derogación parcial de su Decreto de 1971. El Decreto 265/1971, de 19 de febrero, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Arquitectos Técnicos, consigna entre éstas, en el núm. 3 del apartado A) de su art. 1, referido a las *“atribuciones en la dirección de las obras”*, la de *“controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo”*.

También en varios de los Decretos reguladores de las atribuciones de los Ingenieros Técnicos se relaciona esta función en materia de seguridad laboral con el ejercicio de las funciones de dirección de las obras de sus correspondientes especialidades.

²¹⁶ Págs. 14-15 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2011.

Es por todos conocido que el ámbito profesional de los Arquitectos Técnicos es el de la edificación, y que en este ámbito se ha promulgado una norma básica: la LOE. Pues bien, los arts. 12 y 13 LOE disponen de manera pormenorizada y tasada las funciones y obligaciones de la Dirección Facultativa en obras de edificación —el art. 13 regula la dirección de la ejecución de la obra, función más directamente vinculada a la Arquitectura Técnica—, y ninguno de los referidos preceptos aluden a los deberes de control y de exigencia del cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo, que figuraban en el Decreto 265/1971.

Es decir, la totalidad del apartado A) del art. 1 del Decreto 265/1971 —que incluye la referencia a la seguridad laboral— regula la dirección de obras, ha de estimarse derogado por los arts. 12 y 13 LOE que abordan la misma cuestión, de forma en muchos casos contraria a la disposición reglamentaria preconstitucional y, en concreto, en lo relativo a la prevención de riesgos laborales.

Abunda, asimismo, en esta conclusión, la previsión de la Resolución de 17-12-2007 por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14-12-2007, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto Técnico (BOE de 21-12-2007), en cuya exposición de motivos se afirma de manera expresa la derogación parcial del Decreto 265/1971. Si bien, es evidente que el Acuerdo contiene un error material, ya que declara la vigencia de dicho Decreto salvo lo dispuesto, precisamente, en los arts. 1, 2.B —salvo en los apartados 2 y 3—. Es sencillo comprobar, a la vista del Decreto, que la alusión a la *“letra B salvo su apartado*

2” debería de haberse incluido inmediatamente después del art. 1 y no del 2, ya que este último artículo, a diferencia del primero, no tiene letras ni apartados.

Cabe apuntar, en cuanto a los Ingenieros Técnicos se refiere, que, si bien la edificación no constituye el ámbito principal de sus actuaciones, la LOE les resulta asimismo de aplicación en la dirección de obras para usos previstos en los grupos b) y c) de su art. 2.1 que correspondan a su competencia y especialidad. ¿Qué sentido tendría que en estos casos, por no disponerlo así la LOE, no estuvieran los Ingenieros Técnicos sujetos a las obligaciones de inspección y requerimiento del cumplimiento de las medidas de prevención, y por el contrario sí lo estuvieran en la dirección de obras ajenas al ámbito de aplicación de la LOE en atención a lo supuestamente preceptuado por su respectivo Decreto de 1971?

Pero volviendo a los Arquitectos Técnicos y en lo que concierne a la existencia de condenas penales a estos titulados derivadas de accidentes de trabajo en obras de construcción, fundamentadas en el Decreto 265/1971, se puede afirmar que son usuales. Entre otras, puedo citar las **SSAP** de Castellón, Secc. 3ª, de 3-9-2002; de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2ª, de 5-12-2006; de Barcelona, Secc. 9ª, de 14-12-2007; y de Las Palmas Secc. 1ª de 27-1-2011; y el AAP de Pontevedra, Secc. 2ª, de 29-7-2011. La **SAP de Barcelona, Secc. 9ª, de 14-12-2007** dispone que:

“(...) lo argumentado en la impugnación tampoco despeja las relativas a la participación en el delito del ahora recurrente, Arquitecto Técnico que tenía a su cargo el plan de seguridad de la obra y también su ejecución y la vigilancia de que se cumpliera. Las sucesivas visitas a la obra —con periodicidad semanal— y, precisamente, la reiteración con que aparecen

sus órdenes en relación a las medidas de seguridad colectiva en los documentos aludidos en el recurso, ponen de manifiesto su conocimiento de que no se adoptaron —protección perimetral y cierre eficaz de acceso—, así como que omitió la exigencia de su efectiva adopción utilizando todos los medios que sus facultades de dirección permitían, a lo que estaba legalmente obligado, puesto que el art. 1 del D 265/1971 no solo se refiere a la facultad de exigir el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en el trabajo, sino también el control de los sistemas de protección, además de ser el coordinador de seguridad según consta en el plan elaborado y, como tal, delegado del empresario y también obligado legalmente en los términos del art. 316 CP. Todo ello determina la apreciación de la participación del recurrente en la perpetración del delito en concepto de autor, como establece la sentencia apelada”.

También el TS ha fundamentado condenas a Arquitectos Técnicos en el Decreto 265/1971. A título de ejemplo, transcribo parte de la **STS, Sala 2ª, de 5-9-2001**:

“Veamos ahora quiénes de los cinco acusados han de considerarse responsables de ese delito de homicidio causado por imprudencia grave del art. 142.1 CP. Ninguna duda puede caber respecto del Arquitecto Técnico, a quien, por las normas antes referidas (D. 265/71 y RR. DD. 555/86 y 84/90) le está específicamente encomendada la tarea de realizar el tan repetido Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que efectivamente realizó y que concreta las medidas cuya omisión en el caso presente ocasionaron el referido fallecimiento del trabajador. Como ya hemos dicho la tarea de este profesional no es solo la realización del Estudio citado, sino evidentemente la de velar por su aplicación, teniendo

incluso facultades para detener los trabajos si las medidas correspondientes no se hubieran adoptado. (...) En este caso nos hallamos ante unas puntuales medidas de seguridad omitidas, respecto de las cuales, desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la dirección facultativa de la obra, la consideramos agotada con la impuesta aquí al Arquitecto Técnico, con exclusión del Arquitecto Superior (sic)”.

Y, por último, menciono la **STS, Sala 2ª, de 28-2-1992**, que aplica igualmente el Decreto al que nos venimos refiriendo:

“Referente a la segunda cuestión, no cabe duda que la normativa vigente respecto a las atribuciones profesionales de los Aparejadores o actualmente Arquitectos Técnicos, Decretos de 1971 y 1935, imponen a aquéllos, en lo que aquí interesa las siguientes obligaciones: ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico (...) con arreglo a la norma de la buena construcción y, asimismo, deberán controlar las instalaciones provisionales, las medidas auxiliares de construcción y los sistemas de protección exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo. Y si las mencionadas son sus atribuciones, también son sus obligaciones, cuyo incumplimiento deviene en responsabilidades en cualquiera de los órdenes. Y es que, de los profesionales que intervienen en la construcción, es el Arquitecto Técnico el que tiene mayor exigencia de estar a pie de obra para corregir cualquier anomalía, pues así se lo impone la normativa que regula y reglamenta su función”.

3. Vulneración de los derechos fundamentales a la legalidad penal y a la igualdad por la aplicación de los Decretos de 1971:

Espero, cuando menos, haber introducido serias dudas sobre la vigencia de los Decretos que, en 1971, regularon las facultades y competencias profesionales de Arquitectos Técnicos y de algunas ramas de Ingeniería Técnica. Esta situación de incertidumbre objetiva sobre la derogación o no de una norma preconstitucional supone que la fundamentación de una condena penal en dichos Decretos constituiría una violación del los principios de seguridad jurídica e *in dubio pro reo*, integrados ambos en el derecho fundamental a la legalidad penal²¹⁷.

El actual marco legislativo (LOE y RD 1627/1997) asigna determinadas funciones del proceso constructivo a una serie de agentes técnicos —director de obra, director de ejecución de la obra, coordinador de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto y durante la ejecución de la obra—, permitiendo el acceso a estas figuras a distintos titulados: Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero e Ingeniero Técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades, y la mayor parte de las veces de forma concurrente a todos o a algunos de ellos. Sin embargo, los Decretos de 1971

²¹⁷ Así lo entiende FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad...*, *ob. cit.*, págs. 88-89. Al analizar la STC 10/2002 en la que se planteaba la constitucionalidad del art. 557 LECrim. por el que se establecía que *“las tabernas, casas de comida, posadas o fondas no se reputaran como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente”*, eximiendo así de autorización judicial para la entrada y registro en estos lugares. Aunque el TC finalmente declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto, por ser contrario al derecho a la inviolabilidad del domicilio, este autor critica la situación anterior, en la que los Tribunales se habían pronunciado de forma contradictoria sobre la derogación del mismo, afirmando que, ante las dudas para determinar si una determinada norma con trascendencia penal forma parte o no del sistema jurídico, su aplicación en una sentencia condenatoria resultaría lesiva del principio de legalidad penal”.

regulan las funciones de cada uno de los titulados. Como se puede apreciar son dos sistemas diferentes y su aplicación conjunta es incongruente, dando lugar a situaciones contrarias al principio de igualdad, como exigir a un mismo tipo de agente, por ejemplo el coordinador de seguridad y salud, distintas obligaciones en función de su titulación: si es Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico, se le demandan las obligaciones del RD 1627/1997 y las del Decreto de 1971 correspondiente, si lo tuvieran, y si es Arquitecto, Ingeniero o Ingeniero Técnico cuyo Decreto no incluye obligaciones en materia de seguridad laboral, tan solo las previstas en el primer Decreto.

Nótese, insisto, el hecho objetivo de que no todas las Ingenierías Técnicas cuentan entre sus funciones las relativas al control y exigencia del cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, por lo que no cabría siquiera argumentar que las distintas obligaciones corresponderían al distinto nivel académico entre Arquitectos e Ingenieros Técnicos, por un lado, y Arquitectos e Ingenieros, por el otro. Y, de sostenerse la vigencia de los Decretos de 1971 en lo que concierne a sus disposiciones sobre prevención de riesgos laborales, si la coordinación de seguridad y salud en fase de ejecución de una nave destinada a almacén, por poner un ejemplo, la desempeñase un Ingeniero Técnico de Obras Públicas, estaría obligado al control y vigilancia de las aludidas medidas y se les podría responsabilizar si no cumpliesen adecuadamente con tal supuesto deber; pero, si fuese un Ingeniero Técnico Industrial el que ejerciese la coordinación se le eximiría de estos cometidos.

Estas situaciones, gravemente discriminatorias, se ponen de manifiesto en diversas sentencias. Señalo, a continuación, algunas de las más claras a este respecto²¹⁸.

La **SAP de Barcelona, Secc. 6ª, de 28-10-2006**, afirma que:

“Ni el Decreto 265/1971, ni su art. 1.A.3 (el control de las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo) han sido expresamente derogados, pero sí es cierto que tanto las funciones y competencias de los Arquitectos Técnicos (incluidas las de dirección de la obra), como el deber de vigilancia del cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre seguridad en el trabajo, han sido objeto de disposiciones aprobadas con posterioridad, en las que genéricamente se declaraban derogadas las normas de igual o inferior rango que se opusieran a lo dispuesto en ellas. Junto con las ya mencionadas LPRL y el RD 1627/1997, entre las disposiciones que regulan las funciones y competencias de los Arquitectos Técnicos encontramos las siguientes: la LOE; y la L 12/1986 que regula las atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos. (...) A partir de una lectura sistemática de toda esta regulación, ha de concluirse que lo dispuesto en el art. 1.A.3 del D. 265/1971 en relación con el control de los sistemas de protección y la exigencia del cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo, debe entenderse referido a las funciones que corresponden al

²¹⁸ Cabría citar, igualmente y entre otras, las SSAP de Barcelona, Secc. 10ª, de 19-7- 1999; de Teruel de 31-1-2000; de Toledo, Secc.1ª, de 3-6-2003; y de Burgos, Secc.1ª, de 28-11-2003.

Arquitecto Técnico en tanto que coordinador de seguridad (o miembro de la dirección facultativa de una obra encargado de velar por el cumplimiento de la normativa sobre seguridad en el trabajo, en los casos en los que la normativa no exige el nombramiento de un coordinador de seguridad)”.

Esta resolución, como se puede apreciar, aborda la cuestión aquí planteada de si el Decreto 265/1971 ha de estimarse tácitamente derogado. Pero, increíblemente, acaba concluyendo no sólo que mantiene su vigencia, sino que debe interpretarse en el sentido de que la repetida función de control de los sistemas de protección y exigencia del cumplimiento de las medidas de seguridad perseguirá al Arquitecto Técnico cuando ejerza como coordinador de seguridad y salud o, en caso en que no fuese necesaria su designación, como componente de la dirección facultativa. Con arreglo a esta interpretación, como se ha indicado previamente, cuando la coordinación de seguridad y salud sea desempeñada por un Arquitecto, un Ingeniero o alguno de los Ingenieros Técnicos que en su correspondiente Decreto de 1971 no se le atribuyeran las aludidas funciones de control y exigencia del cumplimiento, no tendrán, en cambio, tales cometidos, y su responsabilidad se verá sensiblemente aminorada con respecto a Arquitectos Técnicos o a Ingenieros Técnicos a los que su Decreto de 1971 sí les haya introducido dichas funciones.

Más sorprendente resulta aún, si cabe, la **SAP, Secc. 2ª, de Valladolid de 17-4-2008**, que conoce el caso de un accidente laboral en una obra en la que dos Arquitectos habían redactado el proyecto y el estudio de seguridad y salud y ejercían como directores de obra y coordinadores de seguridad y salud; mientras que un Arquitecto Técnico desempeñaba la función de director de ejecución de la obra.

Mientras que los Arquitectos no recibieron reproche penal alguno, sin encontrarse en los Hechos declarados Probados nada que pueda justificar una conducta más diligente de éstos que la desempeñada por el Arquitecto Técnico director de la ejecución de la obra, la Sala confirmó la condena a este último. Ante el alegato de su defensa, entre otros empleados, que correspondía en todo caso al encargado o jefe de obra o a los coordinadores de seguridad y salud, y no al director de ejecución de la obra, la vigilancia de la existencia de las medidas de seguridad precisas, así como la información a los trabajadores de las circunstancias de riesgo, la Sala argumenta que:

“En cuanto a la responsabilidad del acusado —Aparejador de la ejecución de la obra— tampoco cabe la menor duda al respecto pues, independientemente de la existencia de los coordinadores de seguridad y salud —encargados de la redacción del estudio y aprobación del plan de seguridad e higiene—, en su cometido de supervisión de los trabajos de ejecución de la obra están incluidos, además del control de la ejecución material, que ésta se lleve a cabo respetando las medidas de seguridad previstas en el mencionado plan, (...) porque como técnico debió prever con antelación, en cuanto al hueco de ascensor se refiere, no solo que se ejecutara la obra según lo previsto en el proyecto de ejecución, sino también dando las órdenes e instrucciones convenientes para que se cumplieran todas las medidas de seguridad aprobadas y contenidas en el plan correspondiente”.

En mi opinión, resoluciones como las aquí tratadas son inaceptables, por resultar arbitrarias y palmariamente discriminatorias, y ponen de relieve el efecto pernicioso de la aplicación en la actualidad de los Decretos de competencias profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos de 1971.

El **efecto** discriminatorio y distorsionador de los Decretos de 1971 es a veces más **tácito** que expreso, irradiando sobre la Jurisprudencia de modo soterrado una concepción errónea de las responsabilidades de los Arquitectos y de los Arquitectos Técnicos ante los riesgos y accidentes laborales de las obras de construcción.

En los años setenta, ochenta y noventa, cuando la vigencia del Decreto 265/1971 era bien indiscutible bien sin duda más sostenible, se sentó una doctrina por el Tribunal Supremo que consideraba al Arquitecto director de obra responsable por los riesgos y accidentes laborales, si bien atribuyéndole una responsabilidad atenuada, fundamentada en que su obligación en esta materia era meramente genérica, frente a la específica que el Decreto 265/1971 confería –y para muchos aún confiere- al Arquitecto Técnico, colocando a este último en una posición de garante más exigente.

A título de ejemplo, por su claridad y por las citas jurisprudenciales que emplea, podemos mencionar como exponente de la referida doctrina la **STS Sala 2ª de 18-1-1995**, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto se manifiesta lo siguiente:

“... Si en una obra de tales características hay alguien debidamente titulado que la dirige técnicamente, como ocurre con el arquitecto director de su ejecución, es de toda evidencia que a él incumbe, como máximo responsable, velar por el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad de las personas que allí desarrollan sus tareas, sin que pueda servir de excusa el que haya una reglamentación (Decreto 265/1971) que específicamente encomiende esta función al aparejador o arquitecto técnico. Tal obligación específica del aparejador no excusa la

genérica del arquitecto superior (sic), quien, si ha de dirigir la ejecución de la obra, en esa dirección, como tarea primordial, tiene la del cumplimiento de lo establecido en beneficio de la seguridad de los trabajadores. Así hemos de entender lo dispuesto en el antes citado art. 10 de la Ordenanza General de 9 de mayo de 1971. Y así lo viene entendiendo reiteradamente la Jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 5-7-55, 16-11-60, 22-10-64, 11-11-65, 2-2-67, 28-3-67, 13-6-67, 15-10-69, 2-11-72, 21-5-73, 23-10-73, 29-11-74, 15-10-76, 27-3-79, 7-7-80, 22-12-84, 30-12-85, 15-5-89, 7-12-89, 21-12-89, 9-4-90, 7-11-91, 3-2-92, 16-6-92, 15-7-92 y 26-10-93)...”.

Esta doctrina del TS era correcta en los años en que fue establecida, en el marco de un ordenamiento jurídico muy distinto al actual, del que formaba parte el Decreto 265/1971. Sin embargo, resulta inadecuada hoy en día, habida cuenta la radical transformación de la normativa tanto en materia de prevención de riesgos laborales como en el ámbito de las atribuciones profesionales de las profesiones técnicas, además de en los propios tipos penales.

Pese a ello, son frecuentes las resoluciones judiciales que en la actualidad mantienen por inercia esta diferente concepción de las obligaciones y responsabilidades de los Arquitectos y Arquitectos Técnicos, sin basarla necesariamente de forma expresa en el Decreto 265/1971, sino en la doctrina jurisprudencial previamente citada, que sí fue dictada bajo la influencia de esta disposición reglamentaria preconstitucional. Entre estas resoluciones puedo citar, entre muchas otras, las siguientes: las SSAP de León, Secc. 2ª, de 30-9-2004; de Madrid, Secc. 3ª, de 23-4-2008; y de A Coruña, Secc. 6ª, de 3-11-2010.

De este modo, el Decreto 265/1971, ya de manera expresa y directa ya tácita e indirecta, es aplicado por los órganos judiciales penales, dando lugar a situaciones discriminatorias y manifiestamente injustas.

4. Conclusiones:

De conformidad con lo expuesto, parece clara la derogación tácita de los Decretos de 1971 reguladores de la Arquitectura y la Ingeniería Técnica, en lo relativo a sus alusiones a la seguridad y salud laboral, debido a la ulterior aprobación de la Ley 12/1986, las reforma del marco legal de prevención de riesgos laborales y la LOE. No obstante, el legislador ordinario debería derogar expresamente estos Decretos, en aras a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la Ley. No puede escudarse el legislador en la capacidad de los órganos judiciales de expulsar la norma del ordenamiento, pues en cuanto poder público, está igualmente sujeto a la obligación establecida en el art. 9 CE de velar por el efectivo cumplimiento de los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad²¹⁹.

En cuanto al poder judicial, los Jueces y Tribunales ordinarios de cualquier orden jurisdiccional distinto al contencioso-administrativo podrían inaplicarlas por entenderlas contrarias a la CE y al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ); y en el ámbito de la jurisdicción contencioso-

²¹⁹ De esta misma opinión es FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad...*, *ob. cit.*, pág. 91, quien recuerda que el TJCE ha establecido el deber de los Estados de derogar o modificar formalmente las normas que resulten contrarias al Derecho comunitario, con independencia de la obligación de los Jueces nacionales de inaplicarlas. Del mismo modo, debería el legislador, ya sea el Parlamento, a través de Ley, ya el Gobierno, mediante reglamento, derogar o modificar las disposiciones reglamentarias contrarias a normas de aplicación preferente.

administrativa, cabrían dos vías para declarar su derogación, bien a través de la impugnación de actos de aplicación de los Decretos y la interposición, en su caso, de cuestión de ilegalidad ante el TS (arts. 26, 27 y 123 a 126 LJCA), bien mediante el procedimiento preferente y sumario de amparo por violación de derechos fundamentales previsto en la LJCA (arts. 114 a 122). También el TC podría conocer sobre la inconstitucionalidad de los tan repetidos Decretos de 1971 a través de un recurso de amparo contra alguna resolución judicial en que se aplicara alguno de ellos, lesionando los derechos fundamentales a la igualdad y a la legalidad penal²²⁰, si se hubiese agotado la vía judicial ordinaria.

²²⁰ *Vid* a estos efectos CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *El control de..., ob. cit.*

VII. CONCLUSIONES.

1.- La **intervención penal** en la lucha contra la siniestralidad laboral es **necesaria y legítima**, por la relevancia de los bienes jurídicos tutelados y de los ataques a los mismos, especialmente graves en el sector de la construcción. Además, el empleo de instrumentos distintos al Derecho penal resulta insuficiente, mientras que, sin embargo, la mayor intensidad de la respuesta penal en los últimos años al fenómeno de los accidentes en el trabajo puede reputarse una de las causas por las que las estadísticas vienen mostrando últimamente un significativo avance.

No obstante, en la actualidad la aplicación de los tipos previstos en los arts. 316 y 317 CP presenta graves **disfunciones**, en su mayoría relacionadas con el empleo de nuevas técnicas de tipificación sobre las que probablemente todavía se requiera más reflexión para acompañarlas a los estándares y garantías básicas del Derecho penal.

2.- Para ser sujeto activo de los delitos de los arts. 316 y 317 CP han de cumplirse **tres requisitos**:

- 1) **Estar “legalmente” obligado por la normativa de prevención de riesgos laborales. El término “legalmente” debe ser interpretado de forma estricta, de modo que sólo pueden ser considerados autores idóneos de estos delitos los obligados por normas con rango de ley.**
- 2) **Estar obligado a facilitar los “medios” precisos a los trabajadores para que acometan sus labores con las medidas de seguridad y salud previstas por esta misma normativa de prevención de riesgos laborales.**

Por “*medios*” debe entenderse tanto los de carácter material (equipos de protección individual y colectiva), como los de carácter inmaterial (formación, información, vigilancia de la salud del trabajador, etc.), pero no la posterior vigilancia del uso de los medios de seguridad y salud previamente facilitados. Resulta desacertada, por consiguiente y en mi **opinión, la interpretación extensiva del vocablo “*medios*” efectuada mayoritariamente por los Tribunales de Justicia.**

- 3) Los “*medios*” que “*legalmente*” deben ser facilitados para proteger a los trabajadores deben ser aptos para poner en riesgo grave su vida, salud o integridad física.

En lo relativo a la forma de determinación de la autoría, esta figura delictiva plantea serias objeciones con el principio constitucional de legalidad penal. Y ello tanto en su vertiente formal, pues el tipo no cumple los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para el empleo de normas penales en blanco, como en su vertiente material, al verse gravemente afectado el principio de taxatividad, principalmente por la falta de claridad de las disposiciones reglamentarias que complementan al art. 316 CP.

Para una más adecuada acomodación de los delitos contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo a las exigencias del principio de legalidad penal sería muy recomendable la reforma del tipo en los términos señalados en este y otros trabajos, así como la mejora de la taxatividad de las normas reglamentarias que lo integran. La enorme dispersión y abundancia de estas disposiciones aconsejan que éstas utilicen técnicas como las cláusulas de remisión inversa, a fin de mejorar la seguridad jurídica.

3.- Sólo se cumplen los requisitos típicamente establecidos por el **empresario**, en cuanto deudor originario del deber de protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores. Lo que resulta lógico al ser quien ha desatado la fuente de riesgo (injerencia), obteniendo un beneficio de él, y quien posee un dominio sobre dicho riesgo en virtud de su poder de organización y dirección.

En principio, y salvo en los casos previstos en el siguiente apartado, no pueden considerarse *intranei* de los delitos que nos ocupan otros “*legalmente*” obligados como los organismos públicos con competencias en materia laboral y sanitaria, los trabajadores y sus representantes, los servicios de prevención, los recursos preventivos o los fabricantes, importadores y suministradores de productos preventivos. Y ello fundamentalmente por cuanto sus obligaciones legales no consisten estrictamente en la facilitación de medios preventivos en los términos típicamente establecidos.

4.- Puede ampliarse la autoría idónea, a través del mecanismo de la **delegación**, a favor de administradores o de encargados del servicio, siempre que se les dote del necesario dominio para ejercer la función encargada en los términos jurisprudencialmente previstos, y sin perjuicio de la responsabilidad residual que conserva el empresario delegante.

A través de la delegación es muy frecuente que los técnicos de prevención se hallen en situación de poder ser reputados autores idóneos de los delitos aquí estudiados. Sin embargo, son muy escasas las condenas penales a estos agentes. Una mayor atención a los mismos incrementaría, sin duda, la eficacia preventiva de la intervención penal en este ámbito.

5.- Cuando los hechos se realicen a través de **personas jurídicas**, interpretando el polémico y confuso art. 318 CP, podrán ser responsables sus administradores o encargados del servicio, en ambos casos tanto de hecho como de derecho.

En cualquier caso, el art. 318 CP resulta a mi juicio absolutamente superfluo, bastando con los arts. 11 y 31 CP para poder proceder a la imputación en aquellos casos en que la conducta típica sea realizada en el seno de personas jurídicas.

6.- En el ámbito de la construcción sólo pueden reputarse autores idóneos los **contratistas y subcontratistas**, por ser los únicos empresarios. En ellos y en sus delegados se deben centrar los esfuerzos punitivos para combatir la lacra de la siniestralidad en el trabajo.

7.- Al **promotor y sus delegados** sólo se les puede imputar el delito tipificado en el art. 316 CP a título de partícipes y, a lo sumo, como cooperadores necesarios; fundamentalmente por no estar obligados a facilitar medios preventivos mediante una norma con rango legal y por no poder reputarse empresarios a efectos de la legislación de prevención de riesgos laborales, no teniendo un dominio efectivo sobre las fuentes de riesgo.

Tanto el legislador –en sentido amplio, incluyendo al ejecutivo con sus potestades reglamentarias y de iniciativa legislativa- como el poder judicial, desde su correspondiente ámbito de actividad, deberían fijar más atención a la integración de la prevención de riesgos laborales durante la elaboración de los proyectos de obras.

Respecto de las funciones y responsabilidades del coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra existen visiones completamente contradictorias dentro de la doctrina y de la Jurisprudencia. Defiendo en el presente trabajo una interpretación de esta figura que la concibe como un agente con estrictas funciones de enlace entre la pluralidad de intervinientes que concurre en una obra, a fin de disminuir los riesgos derivados de tal concurrencia, pero sin estar obligado a supervisar o vigilar el cumplimiento de la totalidad de las medidas de seguridad y salud de la obra. Aunque sería deseable una aclaración del art. 9 del RD 1627/1997, en el que se regulan las funciones del coordinador, no resultan de recibo las interpretaciones extensivas que se ponen de manifiesto en numerosas Sentencias penales. Asimismo, argumento que el coordinador de seguridad sólo puede ser imputado en aplicación de los delitos de peligro que nos ocupan por la infracción de la posición de garante activa que le atribuye su función esencial de coordinación cuando concurren varias empresas o trabajadores autónomos en obra. Sus funciones colaterales de cooperar en la vigilancia del contratista o de paralización de las obras sólo tienen relevancia a efectos de los delitos de resultado.

Los directores facultativos de obras de construcción sólo pueden adquirir la condición de sujetos responsables de los delitos previstos en los arts. 316 y 317 CP, a título de partícipes, cuando no sea preciso designar coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra y cuando el inadecuado ejercicio de su función de autorizar el Plan de Seguridad y Salud ocasione un peligro grave a la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

Se percibe una cierta automatización u objetivación de la responsabilidad de los agentes técnicos, especialmente en lo que concierne a los Arquitectos Técnicos, muy alejada de los principios del Derecho penal y de los concretos cometidos y potestades que estos sujetos ejercen con arreglo a la normativa vigente de aplicación.

Sostengo que una de las causas de este fenómeno es la inadecuada aplicación de los Decretos que, en 1971, atribuyeron a Arquitectos Técnicos y a algunos Ingenieros Técnicos funciones en materia de seguridad y salud laboral. Inadecuada porque considero que estas disposiciones deben entenderse tácitamente derogadas. Propugno su expresa derogación, a fin de poner freno a las discriminaciones que su aplicación genera en la actualidad.

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979.

Resoluciones del Tribunal Constitucional

STC 188/2009, de 7 de septiembre.

STC 229/2007 de 5 de noviembre.

STC 283/2006, de 9 de octubre.

STC 80/2006, de 13 de marzo.

STC 34/2005, de 17 de febrero.

STC 24/2004, de 24 febrero.

STC 75/2003, de 23 de abril.

STC 25/2002, de 11 de febrero.

STC 73/2000, de 14 marzo.

STC 142/1999, de 22 de julio.

STC 34/1996, de 11 de marzo.

STC 62/1994, de 28 de febrero.

STC 53/1994, de 24 de febrero.

STC 89/1993, de 12 de marzo.

STC 196/1991, de 17 de octubre.

STC 127/1990, de 5 de julio.

STC 61/1990, de 29 de marzo.
STC 32/1990, de 26 de febrero.
STC 7/1990, de 18 de enero.
STC 69/1989, de 20 de abril.
STC 45/1989, de 20 de febrero.
STC 105/1988, de 8 de junio.
STC 3/1988, de 21 enero.
STC 133/1987, de 21 de julio.
STC 122/1987, de 14 de julio
STC 89/1983, de 2 de noviembre.
STC 62/1982, de 15 de octubre.
STC 18/1982, de 4 de mayo.

Resoluciones del Tribunal Supremo

STS (Sala 2ª) de 25-4-2005.
STS (Sala 1ª) de 22-1-2003.
STS (Sala 2ª) de 29-7-2002.
STS (Sala 2º) de 26-7-2002.
STS (Sala 2ª) de 4-6-2002.
STS (Sala 2ª) de 26-9-2001
STS (Sala 2ª) de 5-9-2001.
STS (Sala 2ª) de 26-7-2000.
STS (Sala 2ª) de 14-7-1999.
STS (Sala 2ª) de 12-11-1998.

STS (Sala 2ª) de 18-1-1995.

STS (Sala 2ª) de 26-3-1994.

STS (Sala 2ª) de 4-10-1993.

STS (Sala 2ª) de 23-4-1992.

STS (Sala 2ª) de 28-2-1992.

STS (Sala 2ª) de 30-3-1990.

STS (Sala 2ª) de 12-5-1981.

STS (Sala 2ª) de 10-5-1980.

Resoluciones de Audiencias Provinciales

AAAP de Álava:

(Secc. 2ª) de 23-12-2008.

(Secc. 2ª) de 17-7-2007.

(Secc. 2ª) de 19-11-2004.

AAP de Sevilla (Secc. 1ª), de 24-5-2007.

AAP de Pontevedra (Secc. 2ª) de 29-7-2011.

AAP de Valencia de 3-6-2002.

SAP de A Coruña:

(Secc. 6ª) de 3-11-2010.

(Secc. 2ª) de 31-3-2008.

(Secc. 2ª) de 17-4-2006.

SAP de Álava (Secc. 2ª) de 14-3-2008.

SAP de Alicante:

(Secc. 7ª) de 17-10-2007.

(Secc. 2ª) de 16-2-2007.

(Secc. 2ª) de 27-9-2005.

SAP de Almería:

(Secc. 3ª) de 15-7-2009.

(Secc. 3ª) de 13-1-2006.

SAP de Albacete (Secc. 1ª) de 29-9-2006.

SAP de Asturias Secc. 3ª de 7-9- 2005.

SAP de Badajoz (Secc. 3ª) de 3-6-2008.

SAP de Baleares (Secc. 1ª) de 30-6-2003.

SAP de Barcelona:

(Secc. 7ª) de 8-11-2010.

(Secc. 5ª) de 30-6-2008.

(Secc. 9ª) de 14-12-2007.

(Secc. 8ª) de 14 -12-2007.

(Secc. 5ª) de 23-7-2007.

(Secc. 6ª) de 28-10-2006.

(Secc. 6ª) de 28-10-2005.

(Secc. 6ª) de 14-11-2005.

(Secc. 7ª) de 26-4-2004.

(Secc. 10ª) de 27-1-2003.

(Secc. 6ª) de 11-7-2002.

(Secc. 2ª) de 18-6-2002.

(Secc. 10ª) de 20-2-2001.

(Secc. 10ª) de 19-7-1999.

(Secc. 3ª) de 25-6-1999.

SAP de Burgos:

(Secc. 1ª) de 8-4-2010.

(Secc. 1ª) de 21-5-2009.

(Secc. 1ª) de 8-1-2008.

(Secc. 1ª) de 10-2-2005.

(Secc.1ª) de 28-11-2003.

SAP de Cáceres:

(Secc. 2ª) de 3-12-2010.

(Secc. 2ª) de 11-12-2008.

SAP de Cádiz:

(Secc. Algeciras) de 9-9-2008.

(Secc. 1ª) de 24-10-2007.

(Sección 4ª) de 4-6-2006.

(Secc. 4ª) de 3-6-2005.

(Secc. 8ª) de 20-3-2003.

(Secc. 1ª) de 30-5-2000.

SAP de Cantabria (Secc. 1ª) de 24-7-2009.

SAP de Castellón:

(Secc. 1ª) 10-6-2005.

(Secc. 2ª) de 28-1-2003.

(Secc. 3ª) de 3-9-2002.

SAP de Córdoba:

(Secc. 1ª) de 5-11-2007.

(Secc. 3ª) de 4-6-1998.

SAP de Guipúzcoa:

(Secc. 1ª) de 13-10-2008.

(Secc. 1ª) de 13-12-2001.

SAP de Granada:

(Secc. 2ª) de 23-7-2010.

(Secc. 1ª), de 6-5-2009.

(Secc. 1ª) de 21-11-2008.

(Secc. 1ª) de 10-11-2008.

(Secc. 2ª) de 8-11-1999.

SAP de Guadalajara de 17-1-de 2003.

SAP de Huelva (Secc. 2ª) de 29-1-2010.

SAP de Jaén:

(Secc. 3ª) de 4-11-2010.

(Secc. 1ª) de 21-2-2005.

(Secc. 1ª) de 31-5-2002.

SAP La Rioja:

de 21-6-2006.

de 2-2-2006.

de 31-7-2001.

SAP de Las Palmas de Gran Canaria:

(Secc. 1ª) de 27-1-2011.

(Secc. 3ª) de 16-3-2010.

(Secc. 1ª) de 21-5-2009.

SAP de León:

(Secc. 3ª) de 23-2-2011.

(Secc. 3ª) de 13-12-2010.

(Secc. 3ª) de 27-4-2005.

(Secc. 2ª) de 30-9-2004.

SAP de Lugo:

(Secc. 1ª) de 29-9-2006.

(Secc. 2ª) de 10-2-2006.

SAP de Madrid:

(Secc. 16ª) de 17-2-2001.

(Secc. 7ª) de 29-11-2010.

(Secc. 7ª) de 22-10-2010.

(Secc. 15ª) de 31-10-2008.

(Secc. 7ª) de 24-6-2008.

(Secc. 15ª) de 30-5-2008.

(Secc. 3ª) de 23-4-2008.

(Secc. 17ª) de 11-2-2008.

(Secc. 23ª) de 13-2-2008.

(Secc. 23ª) de 10-10-2007.

(Secc. 2ª) de 23-4-2007.

(Secc. 15ª), de 27-9-2006.

(Secc. 2ª) de 20-7-2006.

(Secc. 7ª) de 8-3-2006.

(Secc. 17ª bis) de 1-2-2006.

(Secc. 1ª) de 28-6-2004.

(Secc. 17ª) de 6-10-2003.

18-6-2003.

SAP de Murcia:

(Secc. 3ª) de 24-3-2008.

(Secc. 3ª) de 19-6-2000.

SAP de Salamanca de 23-9- 2008.

SAP de Santa Cruz de Tenerife:

(Secc. 5ª) de 1-6-2007.

(Secc. 2ª) de 5-12-2006.

(Secc. 2ª) de 5-10-2006.

SAP de Sevilla:

(Secc. 7ª) de 17-2-2009.

(Secc. 4ª) de 21-2-2008.

(Secc. 7ª) de 22-9-2005.

(Secc. 3ª) de 12-3-2004.

(Secc. 7ª) de 23-12-2003.

(Secc. 1ª) de 14-11-2003.

SAP de Soria de 18-4-1997.

SAP de Tarragona:

(Secc. 2ª) de 6-3-2009.

(Secc. 2ª) de 15-6-2007.

(Secc. 2ª) de 11-1-2007.

(Secc. 4ª) de 13-3-2006.

SAP de Teruel de 31-1-2000.

SAP de Toledo (Secc. 1ª) de 3-6-2003.

SAP de Valencia:

(Secc. 4ª) de 26-3-2009.

(Secc. 4ª) de 18-5-2001.

SAP de Valladolid:

(Secc. 4º) de 27-10-2009.

(Secc. 2ª) de 17-4-2008.

SAP de Vizcaya:

(Secc. 2ª) de 15-12-2008.

(Secc. 1ª) de 13-9-2007.

(Secc. 1º) de 26-11-2002.

SAP de Zaragoza (Secc. 3ª) de 30-4-2004.

Resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14-10-2004.

STSJ de Canarias en las Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Social) de 30-6-2011

STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) de 30-1-1997.

STSJ de Castilla y León:

(Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29-9-2009.

(Sala de lo Social) de 29-4-2009.

STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 7-5-009.

STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20-11-2008.

STSJ de Madrid:

(Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30-1-2009.

(Sala de lo Social) de 15-9-2004.

(Sala de lo Social) de 10-10-2003.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUADO LÓPEZ, S.:
 - “Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1360/1998, de 12 de noviembre”, *EPC*, XXII, 1999-2000.
 - *El delito contra la seguridad en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.:
 - “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal* n° 43, 1991.
 - *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª edic., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BARATTA, A., “Principios del Derecho penal mínimo”, en BARATTA, A., *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Traducción de Lenzi, B., B de F, Buenos Aires, 2004.

- BARTOMEUS PLANA, D., “El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo”, en ROJO TORRECILLA, E. (Coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998.
- BECK, U., “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo” (trad. Del Río Herrmann), *Revista de Occidente*, nº 150, nov. 1993.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edic., Experiencia, El Masnou, 2010.
- BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. II, dirigido por ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., NIETO MARTÍN, A. (Coord.), Universidad de Castilla La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- CANCIO MELIÁ, M., en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- CONSEJO DE EUROPA, *Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de criminalidad*, Ediar, Buenos Aires, 1987.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

- CORCOY BIDASOLO, M., CARDENAL MONTRAVETA, S., y HORTAL IBARRA IBARRA, J. C., “Protección penal de los accidentes laborales (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 2 de septiembre de 2003”, *Revista Poder Judicial*, nº 71, 2003.
- CUELLO CONTRERAS, J., “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, *ADPCP*, 1982.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.
- DEL REY GUANTER, S. (Dir.) y LUQUE PARRA, M. (Coord.), *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de Reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.:
 - *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001.
 - “Sujetos responsables de la seguridad y salud laboral en el trabajo en el ámbito laboral y penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Penal*, nº 12, 2003.
 - *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Los derechos fundamentales a la protección penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, sept.-dic. 2006.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.:
 - “Del riesgo al resultado. Homicidio y Lesiones Imprudentes”, en *Derecho penal de la construcción*, POZUELO PÉREZ, L. (Coord.), Comares, Granada, 2006.
 - *Omisión e Injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - “El argumento de la ‘imprudencia temeraria del trabajador’ (art. 15.4 LPRL) y la responsabilidad penal del constructor, arquitectos y otros garantes por lesiones o muertes laborales”, en *Revista General de Derecho Penal* nº 6, Noviembre de 2006.
 - “¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores “atribuidos a una persona jurídica”. Consideraciones de lege ferenda, *Revista General de Derecho penal*, 9, 2008.
 - “Comisión por Omisión”, en *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999.
- DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención, la seguridad y la salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001.

- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., “Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas”, *Actualidad Penal* nº 38, 2000.
- ESTEBAN GABRIEL, J., “Estudio sobre la integración de la prevención en la fase de redacción de los proyectos”, Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, Julio de 2011.
- FERRAJOLI, L.:
 - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Traducción de Andrés Ibáñez, A. y otros, 6ª edic., Trotta, Madrid, 2004.
 - *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Civitas, Traducción de Greppi, A., Trotta, Madrid, 2006.
- FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002.
- FRISCH, W.:
 - “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D.M., (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.
 - *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Madrid, 2004.

- GARCÍA ARÁN, M.:
 - “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993.
 - “Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004.
- GERPE LANDÍN, M., “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, en *RFDCU* nº 69, 1983.
- GÓMEZ MARTÍN, V.:
 - *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid, 2006.
 - “El enigmático art. 318 CP”, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas, inmigración clandestina*, MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (Dir.), Edisofer, Madrid, 2009.
- HORTAL IBARRA IBARRA, J.C., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005.

• HUERTA TOCILDO, S.:

- “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, nº 39, Sept.-Dic. 1993.
- “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en *La Europa de los Derechos*, GARCÍA ROCA y SANTOLAYA MACHETTI (Dirs.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edic., Madrid, 2009.

• JAKOBS, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., 2ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1997.

• LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.:

- *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.
- “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995.
- “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.): *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, Ramón Areces, Madrid, 1998.
- “La imputación penal del accidente de trabajo”, *AA. VV., Tutela penal de la seguridad en el trabajo*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 3, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

- “La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas”, *en Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, CARBONELL MATEU, J.C. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2006.
 - “La protección penal de la seguridad en el trabajo: penar menos y mejor”, *InDret*, Barcelona, Octubre de 2007.
 - “Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores” *en Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas, inmigración clandestina*, MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (Dir.) y HORTAL IBARRA IBARRA (Coord.), Edisofer, Madrid, 2009.
 - “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *en Memento Práctico Penal, Francis Lefebvre*, MOLINA FERÁNDEZ, F. (Coord.), Madrid, 2011.
- LUCAS VERDÚ, P., “Principios rectores de la política social y económica” *en Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996.
 - LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*, Universitas, 1996.
 - MARTÍN LORENZO, M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.:
 - “Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción” *en Derecho penal de la construcción* (POZUELO PÉREZ, L. Coord.), Comares, Granada, 2006.

- “Guía Indret Penal de la Jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales”, *InDret*, Barcelona, 2/2009.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal *económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Derecho penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), 3ª edic., Colex, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, S.:
 - “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, en *EPC* nº XIV, 1991.
 - *Derecho penal. Parte General*, 9ª edic., Reppertor, Barcelona, 2011.
- MORILLAS CUEVAS, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Derecho penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 8ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NAVARRO CARDOSO F., y LOSADA QUINTÁS, J., “La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Actualidad Penal* nº 40, 2001.

- OLAIZOLA NOGALES, I., “Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos”, *InDret*, Barcelona, Abril de 2010.
- PAVÍA CARDEL, J., “Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal”, *La ley Penal*, 2005.
- PÉREZ MANZANO, M., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Relaciones Laborales* nº 3, 1997.
- POZUELO PÉREZ, L., “Notas sobre la denominada ‘expansión del Derecho penal’, en *RDPP* nº 9, 2003-1.
- PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J.L., “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, *Revista de estudios políticos*, nº 122, 2003.
- RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *El delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- REGIS PRADO, L., *Bien Jurídico-Penal y Constitución*, Ara, Lima, 2010.
- REMO DÍEZ, M.N., “Costes sociales de la siniestralidad laboral 2000-2007”, *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León*, Nº. Extra 1, 2011.
- ROXIN, C.:
 - “Sentido y límites de la pena estatal”, (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976.

- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo de la 6ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- *Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 2006.
- SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.:
 - “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 38, 1989.
 - *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2001.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentario al art. 316 CP”, en *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, (QUINTERO OLIVARES, G. Coord. y MORALES PRATS, F. Dir.), 4ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.:
 - *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
 - *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006.

- TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M. y GALLARDO GARCÍA, R., *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, Universidad de Cádiz, 2005.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., *Prontuario de Seguridad en la Edificación*, DAPP, Pamplona, 2007.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y MORALES GARCÍA, O., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Comentarios al Código Penal español*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Tomo II, 6ª edic., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edic., Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.